

Die gerichtliche Kraftloserklärung der Wertpapiere im Schweizerischen Recht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

FRIEDRICH WERNER STROHMEIER

von Turgi AG

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. W. Niederer

1952

Juris-Verlag, Zürich

Die gerichtliche Kraftloserklärung der Wertpapiere im Schweizerischen Recht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

FRIEDRICH WERNER STROHMEIER

von Turgi AG

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. W. Niederer

1952

Juris-Verlag, Zürich

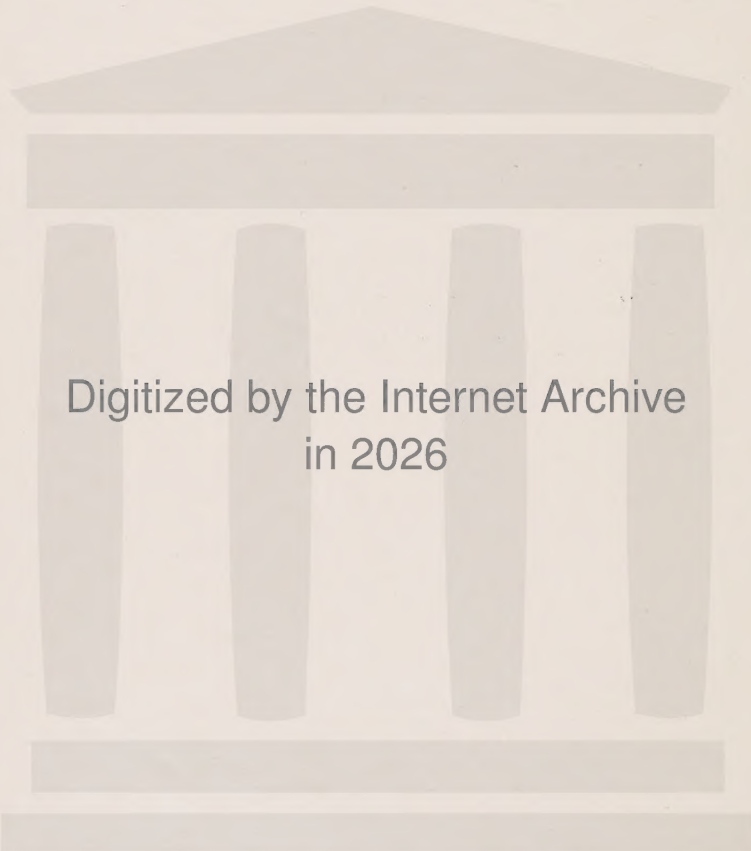
Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 27. Oktober 1951.

Der Dekan:
Prof. Dr. G. Weiss.



*Meinen lieben Eltern und
meiner lieben Frau*



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
§ 1. Einleitung: Darstellung des Problems und Abgrenzung des Themas	
I. Darstellung des Problems	11
II. Abgrenzung des Themas	13
§ 2. Die einzelnen Arten von Schuldurkunden und die Verbindung von Recht und Papier bei den Wertpapieren	
I. Die «blossen» Beweisurkunden	14
II. Die Wertpapiere	16
III. Die Verbindung von Recht und Papier bei den Wertpapieren und die KE	18

I. Abschnitt:

Die KE von Schuldurkunden im allgemeinen

§ 3. Der Zweck des Instituts der KE	
I. Der Verlust der Urkunde und der Rechtsbestand	21
II. Der Verlust der Urkunde und die Rechtszuständigkeit	21
III. Der Zweck des Instituts der KE	22
§ 4. Die grundsätzliche Verschiedenheit der KE-Verfahren	
I. Begründung und Prinzip der Unterschiede zwischen den KE-Verfahren	24
II. Die prinzipielle Abgrenzung der KE-Verfahren nach Gesetz	25
§ 5. Spezielle Betrachtungen zum Art. 977	
I. Die Grundsätze des Wertpapierrechts und der Art. 977	27
II. Die Entstehung des Art. 977	28
III. Der Art. 977 in der Literatur	29

II. Abschnitt:

Die Entkräftung von «blossen Beweisurkunden»

§ 6. Die Privat-KE gemäss Art. 90 OR und die erweiterte Privat-KE	
I. Ueberblick	33
II. Die Vermutungen aus einer gewöhnlichen Quittung und die Wirkungen einer Privat-KE gemäss Art. 90 OR	34
III. Das Verfahren gemäss Art. 90 OR	35
IV. Die vom Gläubiger geforderte Privat-KE	36
V. Das erweiterte Privat-KE-Verfahren	37

III. Abschnitt:

Die gerichtliche KE der Wertpapiere

I. Kapitel:

Die Voraussetzungen zur gerichtlichen KE der Wertpapiere

§ 7.	Der Gegenstand der gerichtlichen KE, die Wertpapiere, betrachtet im Zusammenhang mit der KE im besonderen	
	I. Die Inhaber- und Namenpapiere, insbesondere ihre Abgrenzung voneinander	39
	II. Die Ordrepapiere	43
§ 8.	Die Antragsberechtigung zur gerichtlichen KE der Wertpapiere	
	I. Die Antragsberechtigung im allgemeinen	48
	II. Die Antragsberechtigung nach Gesetz	50
§ 9.	Die Tatsache des Verlustes eines Wertpapiers als Voraussetzung zum Antrag auf KE	
	I. Der Begriff «Verlust» im Rahmen der KE	55
	II. Die Unbekanntheit des gegenwärtigen Inhabers als weitere Voraussetzung	56

II. Kapitel:

Das Verfahren zur gerichtlichen KE von Wertpapieren

§ 10.	Allgemeine Bemerkungen zum KE-Verfahren	57
§ 11.	Der Antrag zur KE, dessen Glaubhaftmachung und die Prüfung des Antrages durch den Richter	
	I. Die Formulierung des Antrages	58
	II. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit	59
	III. Die Glaubhaftmachung von Besitz und Verlust	62
	IV. Die Prüfung des KE-Antrages durch den Richter	64
	V. Die Bedeutung der Annahme des Antrages	66
§ 12.	Das Zahlungsverbot	
	I. Zweck und Art des Zahlungsverbotes	68
	II. Die gesetzliche Regelung des Zahlungsverbotes	70
	III. Die Wirkungen des Zahlungsverbotes für den Schuldner	73
§ 13.	Das Aufgebot und die Berechtigung zur Anmeldung von Rechten gegenüber dem aufbietenden Antragsteller	
	I. Das Aufgebot im allgemeinen	73
	II. Der Erlass des Aufgebotes im KE-Verfahren	74
	III. Das Aufgebot als Aufforderung zur Anmeldung von Rechten	77
	IV. Anhang: Die Klage auf Herausgabe	79

III. Kapitel:

Die Kraftloserklärung der Urkunde als Abschluss des KE-Verfahrens

§ 14. Die KE, insbesondere ihre Wirkungen	
I. Der Erlass des KE-Urteils	81
II. Die Wirkungen der KE	83
III. Die Berechtigung zur Geltendmachung der Rechte an der früheren Urkunde nach erfolgter KE	85
IV. Die rechtliche Natur des KE-Urteils als Urkunde	86
V. Die Stellung des Schuldners nach erfolgter KE	87
§ 15. Die Rechtsmittel im KE-Verfahren, insbesondere die Berufung ans Bundesgericht	
I. Die KE als nichtstreitiges Verfahren und die Rechtsmittel	88
II. Die Rechtsmittel im KE-Verfahren	89
III. Anhang: Die Frage der Kostentragung bei der KE	93

IV. Kapitel:

Die einzelnen Arten von Wertpapieren und ihr Verhältnis zur KE

§ 16. Die hauptsächlich nach Art. 981 ff. kraftlos zu erklärenden Wertpapiere	
I. Mitgliedschaftspapiere	95
II. Obligationen und Pfandbriefe	98
III. Schuldbrief und Gült	101
IV. Sparhefte und ähnliche Urkunden	110
V. Versicherungspolice	110
VI. Couponsbogen	111
VII. Talon	112
IX. Einzelne Coupons	112
X. Der Ausschluss der KE gemäss Art. 988	114
§ 17. Die hauptsächlich nach Art. 1072 ff. kraftlos zu erklärenden Wertpapiere	
Vorbemerkungen:	
I. Der Wechsel	116
II. Der Check	122
III. Die wechselähnlichen Papiere	127
III. Die «andern indossierbaren» Papiere	128

Anhang:

Sparheftreglemente	I
Liste der beanstandeten Titel, herausgegeben von der Wertschriftenverwaltung der SBB	II
Bundesratssitzung: Protokoll des Beschlusses des Volkswirtschaftsdepartementes über die Vergütung verjährter Coupons	III

Abkürzung:

KE = Kraftloserklärung

LITERATURVERZEICHNIS

- Becker, Komm. OR, 1. Abt. Art. 1—183, 2. Aufl. Bern 1941.
 Beeler, G., Die Wertpapiere im Schweizerischen Recht, Aarau 1937.
 Biberstein, M. A., Der Eigenwechsel, Zch. Diss. 1925.
 Bindschedler, C., Die amortisierbaren Wertpapiere, Zch. Diss. 1888.
 Birchmeier, W., Handb. des BG über die Organisation der Bundesrechtspflege, Zürich, im Erscheinen seit 1945 (2. Liefg. 1946).
 Botschaft des Bundesrates zur Revision 24.—33. Titel des OR, vom 21. Febr. 1928.
 Bruderer, Hp. O., Die Namenpapiere, Zch. Diss. 1944.
 Brühlmann, W., BG über die Ausgabe von Pfandbriefen, Textausgabe mit Einleitung und Erläuterungen und Sachregister, Zürich 1931.
 Brunner, Heinr., Die Wertpapiere, in Endemanns Handb. des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Bd. 2, S. 142 ff.
 Conne, A., Die Namenaktie, Zch. Diss. 1933.
 Contat, J., Die Wertpapiere und Beweisurkunden des Gesellschaftsrechts, Zch. Diss. 1932.
 Cudkowicz, Ph., Kraftloserklärung von Wertpapieren, Bern Diss. 1941 (S. 70—172 des Buches «Wertpapierverlust», ebenfalls Bern 1941).
 Doerflinger, Der mehrfache Besitz, Zch. Diss. 1924.
 Dörig, H., Die Mobilisierung von Schuldanerkennungen, Zch. Diss. 1947.
 Fisch, C., Legitimationsprüfung im Bankverkehr, Bern Diss. 1937.
 Frey, T., Zur Revision des Checkrechts, Zch. Diss. 1926.
 Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht, 2. Band, Leipzig 1905.
 Giesker-Zeller, H., Die zivilrechtliche Beschwerde an das Schweiz. Bundesgericht. Zürich 1915.
 Guhl, T., Das Schweizerische OR, 3. Aufl. Zürich 1944.
 Heizmann, Das Sparheft nach Schweizerischem Recht, Bern Diss. 1930.
 Homberger, Komm. ZGB (Sachenrecht) III. Abt. 2. Aufl. Zürich 1938 (Besitz und Grundbuch).
 Hueck, A., Recht der Wertpapiere, München 1936.
 Hutmacher, G., Die Inhaberklausel im Lebensversicherungsvertrag, Zch. Diss. 1941.
 Jacobi, Ernst, Wertpapierrecht, in Ehrenbergs Handb. des Handelsrechts 4. Bd. 1. Abt. (zit. Jacobi).
 Zum Wertpapierbegriff, in Zeitschr. des ges. Handels- u. Konkursrechts Bd. 85, S. 21 ff.
 Forderungspapiere in der Hand des Ausstellers, a. a. O. Bd. 91, S. 233 ff., spez. S. 259 ff.
 Jäggi, Komm. OR 7. Teil (Die Wertpapiere), 1. Liefg., Art. 965, Zürich 1949.
 Kolb, Die Gratisaktie, Bern Diss. 1945.
 Leemann, Komm. ZGB (Sachenrecht) II. Abt. Art. 730—918, Bern 1925.
 Lewin, Y. V., Die Mängel des Aktientitels, Freiburg Diss. 1946.
 Lustenberger, F., Die Wechseldeckung nach Schweiz. Recht, Zch. Diss. 1942 (ungedruckt).
 Meier, Otto, Abgrenzung der Wertpapiere von den schlichten Beweisurkunden, Bern Diss. 1924.

- Merz, H., Der Einfluss des Wechsels auf das Grundgeschäft und der Wechselbereicherungsanspruch, Bern Diss. 1932.
- Michaelis, R., Wechselrecht, Berlin und Leipzig 1932.
- Montel, Alb., Scheckgesetz, Berlin u. Leipzig 1927.
- Der Schutz des Eigentümers und des Besitzers von Inhabertiteln im Falle von Diebstahl und Verlust, ZBJV Bd. 81 S. 250 ff.
- Morgenthaler, W., Die Bedeutung der Skriptur im Wertpapierrecht, Bern Diss. 1921.
- Oetterli, A., Die wechselähnliche Ordreanweisung, Zch. Diss. 1944.
- Oftinger, K., Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte, ZSR Bd. 58 (1939), S. 180 ff.
- Oser-Schönenberger, Komm. OR 1. Teil, 2. Aufl. Art. 1—183, Zürich 1929.
- Ostertag, Komm. ZGB (Sachenrecht) III. Abt. (Besitz und Grundbuch), Bern 1912.
- Pestalozzi-Henggeler, R., Die Namenaktie und ihre Vinkulierung, Zch. Diss. 1948.
- Protokoll der Experten-Kommission vom Dez. 1926, herausg. vom Justiz- u. Polizeidepartement. Zur Revision des OR.
- Quassowski-Albrecht, Scheckgesetz, Berlin 1934.
- Raiser, L., Wechselgesetz, Berlin 1934.
- Das Rektapapier, in Zeitschr. für das ges. Handels- und Konkursr. Bd. 101 (1935) S. 13 ff.
- Roost, O., Deckung und Deckungsforderung beim gezogenen Wechsel, Bern Diss. 1938.
- Ruegg, R., Die Vervielfältigung des Wechsels (Wechselduplikate und Wechselkopien), Bern Diss. 1940.
- Rupp, R., La protection des propriétaires de titres au porteur involontairement déposés, Thèse. Lausanne 1933.
- Schnyder von Wartensee, H., Die Errichtung von Schuldbrief und Gült für den Verkehr und die Einreden des Schuldners nach Art. 872 ZGB, Bern Diss. 1922.
- Schucany, E., Komm. zum Schweiz. Aktienrecht, Zürich 1940.
- Schwalm, W., Der Pfandbrief und seine Sicherstellung im Schweizerischen Recht. Bern Diss. 1931.
- Siegwart, Komm. OR 5. Teil (Die Aktiengesellschaft), Art. 620—659, Zürich 1945; weitergeführt von Bürgi bis 3. Lieferg. (Art. 682). Zürich 1949.
- Stachelin, R., Die systematische Behandlung der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit im Schweizerischen Recht, Zch. Diss. 1941.
- Staub-Stranz, Komm. Wechsel-Gesetz, 13. Aufl. Berlin u. Leipzig 1934.
- Steiger, F. von, Das Recht der AG in der Schweiz, Bern 1946.
- Sträuli/Hauser, Gesetz über die zürcherische Rechtspflege, II. Gesetz betr. den Zivilprozess, 2. Aufl. Zürich 1939.
- Strobele, G., Die Genfer Scheckrechtsabkommen, Wien 1931.
- Trüb, H., Die Eigentumsübertragung an vinkulierten Namensaktien und Anteilen der Gesellschaft mit beschr. Haftung. Bern Diss. 1946.
- von Tuhr/Siegwart, Allg. Teil des Schweiz. Obligationenrechts, 2. Aufl. Zürich 1942.
- Ulmer, E., Das Recht der Wertpapiere, Stuttgart-Berlin 1938.
- Usteri/Reimann, Kartotheek z. Schweiz. Obligationenrecht, Zürich 1940 ff.
- Villiger, M., Das Sparheft im geltenden Schweiz. Recht, Zch. Diss. 1923.

Weisflog, W.,	Der Schutz des Erwerbers beweglicher Sachen vom Nichteigentümer im internationalen Privatrecht, Zch. Diss. 1930.
Wieland, Alfred,	Das Aktienbuch und der Rechtsübergang an Namensaktien nach dem revidierten OR, Basel 1942.
Wieland, Carl,	Komm. Sachenrecht, Zürich 1909. Wertpapiere und Legitimationspapiere, in Festgabe für Eug. Huber, Basel 1919.
Zimmerli, G. N.,	Die gerichtliche Kraftloserklärung von Wertpapieren nach Schweizerischem Bundesrecht, insbesondere deren Gegenstand, Voraussetzungen und Wirkungen, Bern. Diss. 1919.
Zimmermann, H.,	Checkwiderruf, in SJZ Bd. 34 S. 161 ff., 177 ff.

Zeitschriften

Bank-Archiv	Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen, Berlin bis 1943.
Schw. AG	Die Schweiz. AG, Zeitschr. zur Besprechung von Rechts-, Steuer- und Wirtschaftsfragen der AG Zürich.
SemJud	La Semaine judiciaire, Genève.
SJZ	Schweiz. Juristen-Zeitung, Zürich.
ZBGR	Schweiz. Zeitschr. für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, Wädenswil.
ZbJV	Zeitschr. des Bernischen Juristenvereins, Bern.
ZSR	Zeitschr. für Schweiz. Recht, Basel.

Präjudiziensammlungen

BGE	Entscheidungen d. Schweiz. Bundesgerichts, Amtl. Sammlung, vier Teile, Lausanne.
BIZR	Blätter für zürcherische Rechtssprechung, Zürich.
Praxis	Die Praxis des Schweiz. Bundesgerichts, Basel.

Gesetze (weitere sind im Text zitiert)

BG Pfandbriefe,	Bundesgesetz über die Ausgabe von Pfandbriefen vom 25. 6. 1930.
GVG Zch.	Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich, vom 29. 1. 1911.
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht v. 30. 3. 1911/18. 12. 1936. aOR = vor der entsprechenden Revision geltendes Obligationenrecht. Die zitierten Artikel ohne Angabe eines Gesetzes sind Artikel des OR.
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. 12. 1907.
ZPO Zch.	Gesetz betr. den Zivilprozess (Zivilprozessordnung) Zürich vom 13. 4. 1913.

§ 1 Einleitung: Darstellung des Problems und Abgrenzung des Themas

I. Darstellung des Problems

Das Problem, dessen Abklärung diese Arbeit versuchen wird, hat seinen Ursprung in einem ganz bestimmten juristischen Phaenomen, der Beweiskraft der Urkunden.

Solange ein zwischen zwei Parteien bestehendes Rechtsverhältnis nicht schriftlich fixiert ist, sind in der Regel die Aussagen beider Parteien gleichwertig, d. h. jede Partei muss mit denselben Mitteln versuchen, in einem Streite eine Entscheidung herbeizuführen. Die Verhältnisse liegen jedoch anders, wenn das Rechtsverhältnis durch eine Urkunde festgehalten worden ist. Der urkundlich bestätigten Willensäußerung wird a priori grösseres Gewicht zugemessen. Sie steht unverrückbar schwarz auf weiss, und der Erklärende muss sich — Ausnahmen vorbehalten — damit behaften lassen.

Dieses Phaenomen ist denn auch von der Rechtsordnung nicht unberücksichtigt gelassen worden, und insbesondere bezüglich der Schuldurkunden hat die Rechtsordnung in bestimmter Weise dazu Stellung genommen:

1. Die schriftliche Schuldanerkennung (Schuldurkunde) beweist, ob mit oder ohne Nennung des Entstehungsgrundes (abstrakt oder kausal), den Bestand eines Schuldverhältnisses zur Zeit der Ausstellung der Urkunde.

2. Weit wichtiger und entscheidender für unser Thema ist aber die Beweiskraft der Urkunde bezüglich des auf die Anerkennung folgenden Urkundenbesitzes.

Ist nämlich der Gläubiger im Besitze der Schuldurkunde, so wird vermutet, dass die Schuld noch bestehe, und dies zudem dem die Urkunde innehabenden Gläubiger gegenüber (Legitimationskraft der Urkunde). Die Berechtigung zu dieser Vermutung darf aus dem durch die Erfahrung gewonnenen Grundsatz hergeleitet werden, dass mit der Erfüllung der Schuld immer auch eine Rückgabe der Schuldurkunde verbunden sei. Diese eine Vermutung schliesst in sich die andere Vermutung, dass zur Zeit der Anerkennung der Schuld der Gläubiger durch den Schuldner in den Besitz der Urkunde gesetzt worden sei.

Eine ganz besondere Prägung hat die Verteilung dieser Beweiskraft bei den Wertpapieren erfahren (Art. 965 ff.). Es wird bei den Wertpapieren das Recht nicht nur bei der Urkunde vermutet, es wird mit ihr auf besondere Art verknüpft¹.

Aus dieser Rechtslage vermag sich ein ganz bestimmtes Problem zu ergeben; das Problem, mit dem sich diese Arbeit auseinandersetzen will.

Die Wirkungen der von der Rechtsordnung eingesetzten Vermutungen können durch folgende Ereignisse gestört werden:

Die Urkunde kann dem Inhaber (Gläubiger, Pfandgläubiger, Mandatar usw.) verloren gehen,
die Urkunde kann vernichtet werden,
sie kann aber auch anschliessend an einen Verlust von einem Dritten aufgefunden und an einen Vierten (gutgläubigen) veräussert werden.
Wenn vorhin gesagt worden ist, dass diese Arbeit sich mit dem eben erwähnten Problem auseinandersetzen wolle, so ist nun näher zu präzisieren:

Diese Arbeit befasst sich im besonderen mit der *Lösung* dieses in seiner Entstehung gezeigten Problems. Sie will Antwort geben auf die Frage: Was geschieht, wenn die eben erwähnten Ereignisse eingetreten sind?

Das Schweizerische Recht hat sich im Prinzip für folgende Lösung entschieden:

Es wird versucht, eine Vermögensverschiebung infolge Verlust der Urkunde nicht eintreten zu lassen.

Vorgesehen ist, dem verlierenden Gläubiger, sofern er dem Schuldner genügend Sicherheit vor zweimaliger Leistung (Sicherheit gegen die Beweiskraft der Urkunde, die von anderer Seite noch vorgewiesen werden könnte) bieten kann, den Anspruch auf Leistung auch ohne die Urkunde zu bewilligen. Diese Sicherheit für den Schuldner kann mit einer *KE der verloren gegangenen Urkunde* hergestellt werden²; indem dieser jede rechtliche Wirkung entzogen wird, vermag niemand mehr mit ihr vom Schuldner Leistung zu erzwingen.

Dieses Vorgehen (KE), wickelt es sich nur zwischen Schuldner und Gläubiger (Verlierer der Urkunde) ab, kann eine Gefährdung der Interessen eines Dritthinhabers (vergl. Art. 1006, 1112 und 935 ZGB) der

¹ Vgl. die Art. 88 ff., 965/6; Jäggi Komm. zu Art. 965 N. 122 ff.

² Früherer Ausdruck für KE war Amortisation. Ueber die heutige Verwendung dieses Begriffes vgl. die Art. 505, 659 Ziff. 1, 732 ff., ZGB Art. 878.

Urkunde mit sich bringen, wenn die Beweiskraft der Urkunde so ausgebaut ist, dass ein Inhaber sich vollumfänglich und ausschliesslich auf die Urkunde stützen darf in bezug auf Rechtserwerb und Rechtsbestand, d. h. wenn die fragliche Urkunde ein Wertpapier ist. Aus diesem Grunde tritt bei der (gerichtlichen) KE (der Wertpapiere immer) hinzu, dass eventuelle Dritthinhaber der Urkunde zur Anmeldung ihrer Rechte öffentlich aufgefordert werden müssen, unter Androhung des Rechtsverlustes (KE der Urkunde) im Falle der Unterlassung der Anmeldung.

Eine weitere Bedeutung der einer Urkunde innewohnenden Beweiskraft wird damit ersichtlich: die Beweiskraft entscheidet über die Anlage und das Ausmass des KE-verfahrens.

Kurz auf diese Unterschiede in der Beweiskraft hinzuweisen wird daher zur Herausarbeitung der unterschiedlichen Verfahren zur KE notwendig sein. Besondere Beachtung verdient dabei die Verbindung von Recht und Papier bei den Wertpapieren und die Lösung dieses Verhältnisses, die bei einer KE eintreten muss.

II. Abgrenzung des Themas

A. Dem Titel der Arbeit entsprechend steht die Behandlung der KE der *Wertpapiere* im Vordergrund³. Zu einer abschliessenden Darstellung der Probleme ist es jedoch notwendig, sämtliche Arten von *Schuldurkunden* zu berücksichtigen. Unter diesen Begriff fallen alle Urkunden, die eine schriftliche Anerkennung einer Schuld zum Inhalte haben, wobei unter Schuld der weite Kreis von Forderungs-, Pfand- und Mitgliedschaftsrechten verstanden werden soll (vergl. dazu Komm. Jäggi zu Art. 965 N42 ff.)⁴.

B. Die Darstellung beschränkt sich auf das Schweizerische Recht. Von einer eigentlichen Einschränkung kann aber nicht gesprochen werden, weil unsere Rechtsordnung alle auch in andern Ländern zur Anwendung gelangenden KE-verfahren kennt, was folgende Aufzählung veranschaulichen soll:

³ Die hier vertretenen Ansichten über die Wertpapiere im allgemeinen haben die Werke von Brunner (in Endemanns Handbuch) und Jacobi (in Ehrenbergs Handbuch) zur Grundlage. Ebenso fanden Verwendung die auf diesen Theorien aufbauenden Arbeiten von C. Wieland (Wertpapiere und Legitimationspapiere) und Beeler (Die Wertpapiere im schweizerischen Recht).

Die von Ulmer vertretenen Auffassungen sind nicht berücksichtigt worden, weil sie zu stark von der gesetzlichen Regelung abweichen.

⁴ Der hier verwendete Begriff der Schuldurkunde ist nicht identisch mit dem in Art. 170 (Zession mit Uebergabe der Schuldurkunde).

1. Die sog. Privat-KE gemäss Art. 90.
2. Die erweiterte Privat-KE gemäss BGE 51 II 322.
3. Die vereinfachte gerichtliche KE gemäss Art. 977 Abs. 2.
4. Die (volle) gerichtliche KE gemäss Art. 971/2, 977 Abs. 1, 981 ff., 1072 ff., 1095, 1143 Ziff. 19, 1152. Dazu ZGB Art. 870/1.
5. Den Verweis auf den Zeitablauf gemäss Art. 987.
6. Den Ausschluss jeglicher KE gemäss Art. 988⁵.

Soweit kantonales Recht in Frage kommt, stellt diese Arbeit auf Zürcherisches Recht ab.

§ 2 Die einzelnen Arten von Schuldurkunden und die Verbindung von Recht und Papier bei den Wertpapieren

Als Fortsetzung der Einleitung soll im folgenden versucht werden, die Verschiedenartigkeit der Schuldurkunden — vor allem bezüglich ihrer Beweiskraft — darzustellen¹. Es ist dies ein Problem, welches insbesondere für die Wahl des entsprechenden KE-verfahrens von Bedeutung ist. Zugleich kann damit eine Besprechung der Wertpapiere und ihrer Eigenschaften bezogen auf die KE verbunden werden, was dazu beitragen wird, die Betrachtungen zur KE selber klarer und übersichtlicher gestalten zu können. Auf Einzelheiten in der rechtlichen Ausgestaltung der verschiedenen Urkunden kann im folgenden jedoch nicht eingetreten werden; es würde dies den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

I. Die «blossen Beweisurkunden».

Als Schuldurkunden, die der vom Gesetz aufgestellten Definition der Wertpapiere (Art. 965 ff.) nicht genügen, stellen sich folgende Urkunden vor:

⁵ Ueber die in andern Ländern getroffenen Regelungen vgl. Rupp, der in die Verhältnisse in der Schweiz., Deutschland und Frankreich bezüglich der Inhaberpapiere behandelt. — Montel in ZbJV Bd. 81 S. 250 ff.; Bank-Archiv Jahrg. 1926 S. 293 ff.; Cudkowicz in «Wertpapierverlust».

In den internationalen Wechsel- und Checkrechtsabkommen ist die Frage der KE durchwegs den einzelnen Staaten zur separaten Regelung überlassen worden (Art. 1095). Vgl. Genfer Wechselrechtsabkommen 1930 Art. 73.

¹ Betr. Stufenfolge der Urkunden vgl. Bruderer.

1. Der *Schuldschein*

Art. 88 ff.²

Recht und Papier vermögen bei ihm noch verschiedene Wege zu gehen; will der Schuldner seine Leistung erbringen, so darf er sich nicht nur auf die dem Gläubigerbesitz folgende Vermutung der Rechtszuständigkeit stützen, sondern er hat die wahre Berechtigung des Vorweisers der Urkunde zu prüfen, was speziell dann in Frage kommt, wenn bereits Zessionen (Art. 164 ff.) stattgefunden haben. Der Schuldner befreit sich aber auch durch eine Leistung an den ihm zuletzt bekannt gewordenen Gläubiger, auch wenn dieser die Urkunde nicht vorweisen kann (Art. 167). Die Urkunde ist prinzipiell entbehrlich, es kommt ihr nur formellrechtliche Bedeutung zu (vergl. aber Art. 900 ZGB betr. Forderungspfand).

2. Die *Präsentationspapiere*³

Mit der Präsentationsklausel stellt der Schuldner fest, er sei nur gegen Vorweisung der Urkunde zu leisten gewillt (vgl. Art. 965).

Womit eigentlich ein Wertpapier geschaffen wäre⁴! Es ist nun aber zu untersuchen, ob der Schuldner mit dieser Bestimmung Ernst machen will oder nicht, ob er damit bloss die Urkundeninhaber zu sorgfältiger Aufbewahrung des Papiers erziehen möchte (dann ist die Urkunde kein Wertpapier), oder ob er mit dieser Klausel den Uebergang des Rechts an die Uebertragung der Urkunde binden, und damit die Zirkulationsfähigkeit der Urkunde erhöhen wollte (dann wäre die Urkunde als Wertpapier zu bezeichnen). Ein definitiver Entscheid über den Charakter einer derartigen Urkunde kann nur durch sorgfältige Untersuchung jedes einzelnen Falles getroffen werden⁵.

Wesentlichste Wirkung der Präsentationsklausel ist die Umwandlung der Bringschuld (beim Schuldschein) in eine Mahn- und Holschuld.

² Brunner S. 144 ff., 171; von Tuhr S. 471; Oser-Schönenberger Komm. zu Art. 90 und 18 N. 20; Jäggi Komm. zu Art. 965 N. 73, 77 ff., 134, 160/2; Zimmerli S. 11; Meier O. S. 125/6; Beeler S. 1/2; Bruderer S. 7 (vgl. auch BGR § 952).

³ Brunner S. 155; Gierke S. 129; von Tuhr S. 472; Wieland Festschrift S. 13, 17; Meier O. S. 52/6; Beeler S. 3/6; Bruderer S. 9/10, 90; Dörig S. 4.

⁴ Sofern als Definition des Wertpapiers nur der Art. 965 gelten soll, vgl. die Bemerkungen unter II. dieses Paragraphen.

⁵ Vgl. Villiger S. 94: «Die Präsentationsklausel verfolgt denn doch nicht den Zweck, den Gläubiger bei abhanden gekommenem Sparheft und sein Forderungsrecht zu bringen.»

3. Die Legitimationspapiere ⁶

Bei diesen Papieren kann der Schuldner den Besitzer der Urkunde als Berechtigten ansehen. Weil der Schuldner sich das Recht vorbehalten hat, auch an den blossen Vorweiser der Urkunde zu leisten, kann er eben den Besitz als Beweis der Gläubigerschaft annehmen. Da eine Legitimationsklausel nur im Zusammenhang mit einer Präsentationsklausel einen Sinn hat, deshalb auch nur so erscheint, ist damit eine Urkundenart entstanden, welche sehr nahe an die Wertpapiere heranreicht. Die Frage, ob im einzelnen Fall bereits ein Wertpapier vorliege oder nicht, muss dahin untersucht werden, ob der Schuldner sich mit der Aufnahme der Legitimationsklausel lediglich der Verantwortung für eine Leistung an eine falsche Person zu entziehen trachtete, oder ob er im Sinne hatte, ein Papier von erhöhter Umlaufsfähigkeit zu schaffen. Je nach der Antwort auf diese Frage wird sich eine Entscheidung treffen lassen. Normalerweise wird aber das Legitimationspapier nicht als Wertpapier angesehen.

Als Bezeichnung für diese Papiere, die noch nicht Wertpapierqualität besitzen, wurde bisher immer der Ausdruck «blosse Beweisurkunden» verwendet, weil ihnen lediglich formellrechtliche Bedeutung zukomme. Dieser Ausdruck wird von Jäggi Komm. zu Art. 965 N. 166 ff. mit Recht beanstandet, indem er sagt, die Beweisfunktion sei für diese Art Urkunden nicht allein typisch. Wenn dieser Begriff («blosse Beweisurkunden») hier dennoch Verwendung finden soll, so darum, weil sich meines Erachtens die oben erwähnten Papiere darunter einen allseits verstandenen Sammelbegriff zugelegt haben, für welchen auch Jäggi keinen Ersatz nennt ⁷.

II. Die Wertpapiere

Die Definition, welche das Gesetz für die Wertpapiere im Art. 965

⁶ Praktisch erscheint die Legitimationsklausel nur in Sparheften, wo ihr Zweck meistens auch nur der ist, die Bank bei Missbrauch des Sparheftes vor Unannehmlichkeiten zu bewahren.

Unrichtig ist es, die Sparhefte auf alle Fälle als Wertpapiere zu betrachten; vgl. dazu Sten. Bull. Ständerat 1932 S. 22.

Eine gänzlich falsche Darstellung der Legitimationsklausel gibt Cudkowicz S. 72. Zur Frage der Wertpapiernatur der Legitimationspapiere vgl.: Wieland Festschrift S. 15/16; Jäggi Komm. zu Art. 965 N. 183; Beeler S. 12 und die dort zit. (N. 22'3); Dörig S. 5; BGE 25 II 330, 51 II 314, 67 II 30, 68 II 91; SJZ Bd. 42 S. 183.

⁷ Vgl. Jacobi S. 126.

aufstellt, ist knapp ausgefallen. Ein klares Bild ergibt sich, wenn man Art. 966 Abs. 2 hinzufügt:

«Wertpapier ist jede Urkunde, mit der ein Recht derart verknüpft ist, dass es ohne die Urkunde weder geltend gemacht noch auf andere übertragen werden kann. (Art. 965)

Der Schuldner wird durch eine bei Verfall erfolgte Leistung an den durch die Urkunde ausgewiesenen Gläubiger befreit, wenn ihm nicht Arglist oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.» (Art. 966 Abs. 2) ⁸

(Mit dieser erweiterten Definition sind die Präsentationspapiere ausgeschlossen, die der Art. 965 eigentlich noch umschliesst ⁹.)

Innerhalb des Kreises der Wertpapiere ist als weitere Aufteilung üblich eine Unterscheidung zwischen Inhaber-, Ordre- und Namenpapieren (nach der Bezeichnung des Verfügungsberechtigten) ¹⁰.

1. Bei den *Inhaberpapieren* ist die Leistung an den Inhaber der Urkunde versprochen, d. h. der (Gläubiger-)Besitz entscheidet allein über die Rechtszuständigkeit. Der Schuldner darf jeden Vorweiser als Berechtigten betrachten. Dazu sind die Einreden aus dem Inhaberpapier beschränkt, der Erwerber der Urkunde darf sich in vollem Umfange auf den Wortlaut der Urkunde verlassen (Art. 978/89) ¹¹.

2. Bei den *Ordrepapieren* ist die Leistung an eine bestimmte, in der Urkunde genannte Person versprochen, unter Zusatz der Ordreklause, welche bedeutet, dass der Schuldner auch jedem andern durch die oben genannte Person bezeichneten und auf der Urkunde vermerkten Dritten zu zahlen gewillt sei. Die Einreden sind ebenfalls beschränkt (Art. 1007). Ueber die Legitimation des Inhabers vergl. Art. 1006, gefordert ist eine lückenlose Indossamentenreihe.

Im Interesse eines regen Verkehrs mit diesen Papieren (Inhaber- und Ordrepapiere) kann ein Erwerber und Inhaber derselben damit rechnen, dass ihm diese in einem Verfahren auf Herausgabe (Art. 985, 1073, 1078) nicht entzogen werden, wenn er dieselben gutgläubig (Art. 935 ZGB für Inhaberpapiere) oder nicht grobfahrlässig (Art. 1006 Abs. 2 für Wechsel, Art. 1112 für Checks) erworben hat ¹².

⁸ Bruderer S. 27.

⁹ Vgl. Prot. Exp. Komm. S. 767.

¹⁰ Den Ausdruck «Wertpapiertypen» möchte ich für die Benennung der einzelnen Wertpapiere gemäss ihrem Inhalt verwenden. «Wertpapierart» ist die Aufteilung nach der Bezeichnung des Berechtigten aus der Urkunde.

¹¹ Vgl. die Ausführungen über die Eigentumstheorie in § 8 I.

¹² Die Inhaber- und Ordrepapiere werden auch als Papiere öffentlichen Glaubens bezeichnet, weil sich ein Erwerber völlig auf die Skriptur stützen darf. Vgl. dazu: Brunner S. 168/71; Gierke S. 125/7; Siegwart Komm. zu Art. 622 N. 67/8; ZGB Art. 866.

3. *Recta- oder Namenpapiere* ¹³:

Ein Wertpapier gilt als Namenpapier, wenn es auf einen bestimmten Namen lautet und weder an Ordre gestellt noch gesetzlich als Ordrepapier erklärt ist (Art. 974; vgl. dazu die Art. 1001 und 1103) ¹⁴. Bei den Namenpapieren besteht eine Beschränkung der Einreden nicht; sind sie einem gutgläubigen Inhaber abhanden gekommen, so ist es gestattet, sie mit einer Klage auf Herausgabe nach allgemeinen sachenrechtlichen Regeln (Art. 933 ff. ZGB) wieder zurückzuverlangen ¹⁵.

Die Namenpapiere stehen auf der untersten Stufe der Wertpapiere und kommen daher eng in Kontakt mit den Legitimationspapieren (vgl. bes. Art. 976 betr. die hinkenden Inhaberpapiere), so dass sich bei ihnen in bezug auf die Beurteilung des Charakters des Papiers dieselben Schwierigkeiten ergeben wie bei den Legitimationspapieren ¹⁶.

III. Die Verbindung von Recht und Papier bei den Wertpapieren und die KE

Die Zusammenhängung von Recht und Papier bei den Wertpapieren bewirkt, dass bei ihnen eine Zession gemäss Art. 164 ff. überflüssig wird ¹⁷. Diese Zusammenhängung würde in letzter Konsequenz aber auch zu einer völligen Versachlichung des Rechts führen, wobei dann der Verlust der Urkunde auch den Verlust des Rechts nach sich ziehen würde. Diese Konsequenz, sofern sie als solche bezeichnet werden kann, ist denn auch von verschiedenen Autoren gezogen worden, wenn auch heute diese Ansicht als überholt betrachtet werden darf, dank der Richtigstellung der Verhältnisse durch Jacobi (S. 342 ff.).

Von der «Konsequenztheorie», bei deren wirklichen Durchführung die KE keine Lebensmöglichkeit besässe, weil sie das Recht vom Papier

¹³ Raiser S. 13 ff.; Bruderer, über die Namenpapiere im allgemeinen; Prot. Exp. Komm. S. 771 ff.

¹⁴ Wieland Festschrift S. 5; Beeler S. 27.

¹⁵ Vgl. BIZR Bd. 23 N. 94.

Es ist zu beachten, dass bei Namenpapieren, welche in grossen Massen und gleichartig herausgegeben werden, mit Einreden (und auch Klagen auf Herausgabe) wenig zu rechnen ist, weil sie oft blanko zediert werden. Vgl. die Anmerkungen zum Kursblatt der Zürcher Effektenbörse.

¹⁶ Ueber das gesamte Problem vgl. Wieland Festschrift S. 1 ff.; Meier O. S. 56'8; Beeler S. 29. — Vgl. auch BGB § 808, dazu Komm. Staudinger II. Band 9. Aufl. S. 1644 ff. N. 3; BGE 42 II 212.

¹⁷ Bei den Namenpapieren ist die Zession (Art. 164 ff.) nach wie vor am Platze, jedoch kann die Mitteilung des Erwerbs an den Schuldner unterbleiben, da dieser nur gegen die Urkunde leisten darf.

trennt, wurde die KE weiterhin als Zweckmässigkeitsregel im Wertpapierrecht belassen; die KE wurde übernommen, weil sie von Anfang an zum Urkundenwesen gehörte, und zudem sehr praktisch war.

Diese Theorie wurde von Jacobi mit folgenden Argumenten widerlegt:

«Natürlich liegen beiden Vorstellungen (Versachlichung, Verkörperung des Rechts) nur Bilder zugrunde, welche konsequent durchgeführt zu Entscheidungen führen so verfehlt wie die, dass das Recht bei Untergang des Papiers selbst untergehe, und daher die Amortisation als eine unerklärliche Zweckmässigkeitsregel auffassen müssen, während diese von Anfang an, seitdem der Schuldschein im deutschen Recht bekannt ist, als sein Begleiter auftritt, daher anzunehmen ist, dass das Wertpapier nicht ein Ziel verfolgt, das mit der Papieramortisation nicht vereinbar wäre; schon die Amortisationsfähigkeit der Wertpapiere allein hebt vielmehr die Theorie von der Verkörperung oder Rechtsträgerschaft aus den Angeln.»

Diese Auffassung soll den folgenden Ausführungen zugrunde gelegt werden.

Es wäre von der falschen Seite an die Wertpapiere herangetreten, wollte man alle Regeln des Sachenrechts voll auf diese übertragen. Vielmehr ist es so, dass sich die Wertpapiere auf ihrem Wege der Entwicklung alle ihnen günstigen Elemente des Sachenrechts angeeignet haben, sich aber nie ganz, sondern nur nach bestimmten Richtungen hin diesem Teil der Rechtsordnung unterstellt haben¹⁸.

Als Zweckmässigkeitsregel im Wertpapierrecht ist hingegen der Art. 988 aufzufassen, welcher vom Ausschluss der KE bei den Banknoten und ähnlichen Papieren spricht. Zweckmässig ist dieser Artikel, weil nur dadurch die nötige Sicherheit dieser für eine ausgedehnte Zirkulation bestimmten Papiere gewährleistet werden kann.

Sollten sich während den Betrachtungen über die KE noch weitere allgemeine Fragen aus dem Wertpapierrecht ergeben, wird versucht werden, sie an Ort und Stelle abzuklären.

¹⁸ Zimmerli S. 55/7 gleicher Ansicht; Meier O. S. 119; Beeler S. 38 und 171 nennt die KE eine Einrichtung zur Vermeidung von Härten.

I. Abschnitt

DIE KRAFTLOSERKLÄRUNG VON SCHULDURKUNDEN IM ALLGEMEINEN

§ 3 Der Zweck des Instituts der KE

I. Der Verlust der Urkunde und der Rechtsbestand

Der Verlust der Urkunde versetzt den Gläubiger in die heikle Lage, dem Schuldner gegenüber den Rechtsbestand (Vorhandensein eines Schuldverhältnisses) ohne das kräftigste Beweismittel — die Urkunde — beweisen zu müssen. Der Schuldner kann zwar in diesem Falle auch nicht eine für ihn sprechende Vermutung geltend machen, weil eine Urkunde sich auch nicht in seinen Händen befindet; immerhin ist mit der Möglichkeit zu rechnen, dass ein Schuldner einen in Beweisschwierigkeiten geratenen Gläubiger mit Erfolg abweist.

In dieser Situation kann eine KE dem Gläubiger keine Hilfe bieten. Sie äussert sich nicht zum Rechtsbestand, sie erklärt auch nicht das Rechtsverhältnis als kraftlos, sondern lediglich die dafür verwendete Urkunde (vgl. § 14 über die Wirkungen der KE).

Das hier aufgeworfene Problem ist ein rein prozessrechtliches, es fällt bei der Darstellung des Zweckes der KE ausser Betracht.

II. Der Verlust der Urkunde und die Rechtszuständigkeit

Mit der Urkunde geht auch der Gegenstand verloren, der seinem Besitzer die Vermutung der Rechtszuständigkeit (Berechtigung zur Ausübung des Rechts) vermittelt.

Wird die Urkunde nur verloren, nicht vernichtet, muss damit gerechnet werden, dass der Schein der Rechtszuständigkeit — bei einem Wertpapier sogar die Zuständigkeit selber (Art. 933 ff. ZGB) — einem Dritten zugute kommen kann, der die Urkunde gutgläubig vom Finder erwirbt. Dieser Dritte könnte vom Schuldner auch dann die Leistung verlangen, wenn der Schuldner bereits an den Verlierer geleistet hätte, aber ohne die Urkunde zurückzuerhalten. Ein Wertpapierschuldner kann sich dem Verlierer gegenüber ausserdem darauf berufen, Leistung nur gegen Rückgabe der Urkunde versprochen zu haben.

In diese Verhältnisse nun vermag das Institut der KE einzuwirken. Es gestattet durch die Ausgestaltung eines besondern Aufgebotsverfahrens in bestimmter Hinsicht die Feststellung des auf Leistung Berechtigten. Es bietet dadurch, dass es der vermissten Urkunde alle Beweiskraft entzieht dem Schuldner die Möglichkeit, gefahrlos ohne die Urkunde zu leisten. Folglich kann auch der Berechtigte Leistung ohne die Urkunde erhalten.

III. Der Zweck des Instituts der KE

Die eben gegebene Darstellung erlaubt vorläufig folgende Umschreibung des Zweckes: Zweck ist Bestimmung der Rechtszuständigkeit.

Diese Definition bedarf aber einer wichtigen Einschränkung: Meldet sich im Verlaufe des Aufgebotsverfahrens ein Drittberechtigter, so fällt die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die KE dahin. Verlierer und gefundener Besitzer der Urkunde haben sich nach den Grundsätzen über Erwerb und Herausgabe von Schuldurkunden auseinanderzusetzen. Für diesen Fall steht die Bestimmung der Rechtszuständigkeit ausserhalb der Aufgabe des Instituts der KE.

Unter Berücksichtigung dieser Einschränkung kann als Zweck daher nur noch folgendes gelten:

Zweck vorerst des Aufgebotsverfahrens ist es, das vom Antragsteller (Verlierer) für sich beanspruchte Recht sich bewähren zu lassen (durch den Ablauf der Dritte ausschliessenden Aufgebotsfrist). Zweck der nachfolgenden KE der vermissten Urkunde ist es, dieses Recht zu bestätigen, und zwar in der Weise, dass dem Antragsteller eine Urkunde über die erfolgte KE ausgestellt wird, deren Beweiskraft derjenigen der vermissten Urkunde überlegen ist.

Diese KE-urkunde sichert auch den Schuldner vor zweimaliger Leistung, wenn ihm diese Urkunde bei der Leistung zurückgegeben wird. Die KE-urkunde zwingt aber auch den Wertpapierschuldner zur Leistung.

Auf Grund der Tatsache, dass sich die Anwendbarkeit aller im KE-recht gegebenen Massnahmen nur dann ergibt — und daher das Institut der KE auch nur den Fall regeln will, wenn die vermisste Urkunde nicht wiedergefunden wird, ist als Zweck dieses Instituts zu betrachten

die Bestimmung der Rechtszuständigkeit ohne Urkunde.

Diese Definition steht im Widerspruch zu derjenigen des Zweckes

der KE von Jäggi (Komm. zu Art. 965 N. 179), welcher als Zweck der (gerichtlichen) KE ausschliesslich den Schutz der Interessen allfälliger Dritthinhaber der Urkunde bezeichnet.

Es muss hier vorerst präzisiert werden, dass Jäggi unter dem Begriff KE wohl nicht nur die Entkräftung der Urkunde allein versteht, sondern unter KE das gesamte Institut der KE verstanden haben will. Unter dieser Annahme lässt sich der Unterschied zwischen den beiden Definitionen folgendermassen erklären: Während die in dieser Arbeit entwickelte Definition das Institut der KE isoliert betrachtet und in erster Linie die Interessen von Verlierer und Schuldner ins Auge fasst, geht die Definition von Jäggi aus dem Gedanken hervor, dass zuerst der geschäftliche Verkehr mit Wertpapieren Schutz verdient. Die Definition von Jäggi ist auch spezieller gehalten, indem sie nur auf die gerichtliche KE der Wertpapiere Bezug nimmt, wogegen die Definition dieser Arbeit versucht, auch die blossen Beweisurkunden mit zu erfassen, was infolge der grossen Verschiedenheit der Urkunden unter sich aber nur zu einem Teil gelingen kann.

Ganz abgesehen von den beiden zuletzt genannten Unterschieden zwischen den Definitionen muss nun aber der von Jäggi geprägten Definition entgegengehalten werden, dass sie nicht voll berücksichtigt, dass das ursprüngliche Ziel der KE doch ist, dem Verlierer wieder zu seinem Recht zu verhelfen. Es entspricht der Billigkeit, wenn man die besondere Ausgestaltung der Wertpapiere (Leistung nur gegen Rückgabe der Urkunde) nicht sich gegen einen Verlierer auswirken lässt. Dass bei der Stellung des Anspruches des Verlierers die möglichen Drittinteressen volle Berücksichtigung finden müssen ist richtig, — das will das Institut der KE auch unter anderem garantieren; diese Rücksichtnahme auf Dritte allein darf aber nicht schlechthin als Zweck der KE bezeichnet werden ¹.

§ 4 Die grundsätzliche Verschiedenheit der KE-verfahren

Die Verfahren, die zur Erreichung des Zweckes der KE führen, dürfen entsprechend der Verschiedenheit der Schuldurkunden unter sich nicht einheitlich ausgestaltet werden. Was nun besonders interessieren wird,

¹ Ueber den Zweck der KE vgl. ferner: Jacobi S. 384/5; indem er den Zweck der KE vom Begriff des Verlustes oder der Vernichtung aus definiert, gelangt er zu folgender Fassung: «Die Amortisation bezweckt, die Vorlegung des Papiers zu ersetzen ...» Cudkowicz S. 90.

ist die Frage, nach welchen Grundsätzen sich die wesentlichste Trennung der KE-verfahren vollzieht, d. h., es ist die *Grenze zwischen privater und gerichtlicher KE* (KE ohne und mit Aufgebotsverfahren) zu suchen.

I. Begründung und Prinzip der Unterschiede zwischen den KE-verfahren

Stellt man sich vor, welches die entscheidenden Unterschiede zwischen den blossen Beweisurkunden und den Wertpapieren sind, dann lässt sich unschwer erkennen, wo sich die Trennungslinie auch für die KE-verfahren befinden muss.

Der Gläubiger aus einem Wertpapier kann sich in vollem Umfange auf seine Urkunde stützen. Er weiss, dass ausser ihm niemand das in der Urkunde verbrieftete Recht geltend machen kann. Aus diesem Grunde ist es für ihn überflüssig, seine Gläubigerschaft dem Schuldner anzuzeigen, denn dieser darf nicht an den ihm vielleicht bekannten Erstgläubiger (und ihm einzig bekannten Inhaber der Urkunde) (Art. 167), sondern nur an einen Vorweiser der Urkunde leisten.

Gegensätzlich liegen die Verhältnisse bei den blossen Beweisurkunden. Hier muss ein Erwerber des Rechts (es interessiert schliesslich nur der Erwerb mitsamt der Urkunde, was aber nicht notwendig wäre für den Erwerb des Rechts) seinen Erwerb immer dem Schuldner anzeigen, will er nicht Gefahr laufen, dass dieser an den ihm zuletzt bekannten Gläubiger zahlt, wie dies dem Schuldner gemäss Art. 167 gestattet ist. Die Folge ist, dass die Wertpapiere unkontrolliert zirkulieren werden, wogegen die blossen Beweisurkunden ständig mit dem Schuldner verbunden bleiben werden, sofern sie sich bei Personen befinden, welche es an der erforderlichen Vorsicht zur Erhaltung ihrer Rechte nicht fehlen lassen.

Zieht man ferner in Betracht, welche Regeln das Gesetz in den Art. 935 ZGB und 1006 und 1112 über den Erwerb der Wertpapiere (nur Inhaber- und Ordrepapiere) aufgestellt hat (für die Namenpapiere gilt Art. 164 ff.), dann müssen sich betr. der Wahl der KE-verfahren folgende Schlüsse aufdrängen:

Bei Verlust einer blossen Beweisurkunde darf man dem Verlierer und dem Schuldner erlauben, den Verlust der Urkunde unter sich abzuklären, denn es ist immer Sache eines Erwerbers der Urkunde, seinen Erwerb beim Schuldner anzuzeigen, und damit zu verhindern, dass ein

anderer sein Recht beansprucht. Ein «privates» Vorgehen von Schuldner und Verlierer vermag bei richtigem Verhalten aller Beteiligten keine Dritttinteressen zu verletzen.

Geht ein Wertpapier verloren, so besteht die Möglichkeit, dass nach dem Verlust ein Dritter auf legalem Wege in den Besitz der Urkunde gelangt und entsprechend den Regeln über den Erwerb der Wertpapiere auch aus dem Papier berechtigt wird.

Mit dieser Möglichkeit müssen Schuldner und Verlierer rechnen. Es wird für sie notwendig, die Öffentlichkeit in ihre Abmachungen einzubeziehen, und so einem eventuellen Besitzer Gelegenheit zu geben, seine Rechte zu wahren. Nur einem derartigen Vorgehen kann die Rechtsordnung Anerkennung gewähren.

Erst dann, wenn sich nach gehörigem Aufgebot kein Besitzer gemeldet hat, kann dem Verlierer sein Recht wieder zuerkannt werden.

Die Gegenüberstellung dieser beiden Verfahrensarten, — dazu die Einbeziehung der Möglichkeit einer totalen Vernichtung der Urkunde —, gestattet es, ein Prinzip herauszuarbeiten, welches unabhängig von den einzelnen Kategorien von Schuldurkunden festhält, wann ein privates Verfahren genügt, und wann ein öffentliches gefordert werden muss.

Ob es auch das Prinzip des Gesetzes sein wird, wird sich später zeigen.

Aus dem oben gesagten lässt sich folgendes Prinzip ableiten:

Die private KE darf immer dann angewendet werden, wenn Dritte ihre Interessen an der fraglichen Urkunde und am darin enthaltenen Rechte selber wahrnehmen *müssen*, um sich dieselben sicher zu erhalten. oder Dritttinteressen gar nicht zu berücksichtigen sind, weil die Urkunde vernichtet ist.

Die gerichtliche KE soll dann in Frage kommen, wenn Dritte ihr Recht mit dem Besitz der Urkunde als gewahrt betrachten dürfen, daher von sich aus keine Schritte unternehmen müssen zur Wahrung ihrer Rechte (ausgenommen im Falle eines Aufgebotes zur KE).

II. Die prinzipielle Abgrenzung der KE-verfahren nach Gesetz

Zur Beantwortung der Frage, wie das Gesetz die Aufteilung zwischen gerichtlicher und privater KE sieht, können folgende Gesetzesbestimmungen herangezogen werden:

Aus dem Gegensatz zwischen den Art. 90 und 971 Abs. 1 lässt sich eine prinzipielle Aufteilung der Verfahren nur insofern herauslesen, als für die Schuldscheine die private KE vorgesehen wird, für die Wertpapiere dagegen die gerichtliche. Für die zwischen Schuldschein und Wertpapieren liegenden Urkunden ist dem Wortlaute nach kein Verfahren vorgesehen. Weil aber das Gesetz in Art. 971 Abs. 1 für die Wertpapiere die gerichtliche KE vorsieht, darf angenommen werden, dass für Nicht-Wertpapiere die gerichtliche KE nicht in Frage komme, was sich auch aus den Ueberlegungen über den Charakter aller Nicht-Wertpapiere ergeben muss.

Stimmt nun die Aufteilung der KE-verfahren durch das Gesetz mit der vorhin gegebenen theoretischen Aufteilung überein? Bei Durchsicht aller Bestimmungen über die KE (Art. 971/2, 981 ff., 1072 ff./1143 Ziff. 19, 977 ist ein Spezialfall, der gesondert betrachtet werden wird, es sind daher alle Ausführungen vorläufig auch auf die Namenpapiere zu beziehen) ist ersichtlich, dass das Gesetz den Beweis der Vernichtung der Urkunde nicht zulässt. Demnach muss das Gesetz bei der Trennung der privaten von der gerichtlichen KE einen andern Grundsatz gewählt haben.

Das Gesetz fordert (sofern es die Parteien beantragen, vgl. Art. 971 Abs. 1 «...die KE kann verlangt werden...») nicht nur dann eine gerichtliche KE, wenn Drittinteressen durch private Abmachungen gefährdet werden können, sondern es entscheidet die Frage nach der Anwendbarkeit der gerichtlichen KE lediglich entsprechend dem Charakter der Urkunde, deren Verlust Anlass zu einem KE-verfahren bildet. Ob das Vermissen der Urkunde auf Vernichtung oder blosses Verlieren der Urkunde zurückzuführen ist, das wird vom Gesetz nicht beachtet.

Soll nun diese vom Gesetz angeordnete Trennung der Verfahren nicht zufällig sein, so muss sie begründet werden können. Für diese Art der Verfahrenstrennung einen Grund zu finden fällt jedoch schwer. Nur zwei wenig stichhaltige Gründe lassen sich anführen:

1. Lässt man den Beweis der Vernichtung der Urkunde nicht zu, erübrigt sich die Ausgestaltung eines besondern Verfahrens für diesen Beweis.
2. Der Beweis der Vernichtung ist unter Umständen schwer zu erbringen. Um allen Fällen gerecht zu werden, müsste daher ein in seinen Anforderungen nicht allzu strenges Verfahren gefunden werden, was aber auf der andern Seite wiederum die Gefahr eines Missbrauches der KE erhöhen würde.

Auch wenn noch mit der Möglichkeit gerechnet werden kann, dass sich der Schuldner ohne Urkunde zur Leistung bereit erklärt, liegen doch nicht genügend Gründe vor, als dass man nicht *de lege ferenda* ein Verfahren fordern könnte, welches den Beweis der Vernichtung der Urkunde zulässt.

§ 5 Spezielle Betrachtungen zum Art. 977

Im Zusammenhang mit den Betrachtungen über die Aufteilung der KE verdient der Art. 977 über die KE der Namenpapiere besondere Beachtung, scheint er doch die eben aufgestellten Grundsätze wieder umzustossen.

I. Die Grundsätze des Wertpapierrechts und der Art. 977

Der Abs. 1 des Art. 977 ist klar:

«Die Namenpapiere werden, wenn keine besondern Vorschriften aufgestellt sind, nach den für die Inhaberpapiere geltenden Bestimmungen kraftlos erklärt.»

Vertretbar ist auch, was in Art. 977 Abs. 2 Satz 1 und 2 vorgeschlagen wird:

«Der Schuldner kann in der Urkunde eine vereinfachte KE durch Herabsetzung der Zahl der öffentlichen Aufforderungen (Satz 1) oder durch Verkürzung der Fristen vorsehen (Satz 2).»

Beide Massnahmen erleichtern das Verfahren, speziell die Herabsetzung der Zahl der Aufforderungen wird eine Verminderung der nicht unerheblichen Kosten einer gerichtlichen KE zur Folge haben. Diese Erleichterungen sind zu befürworten, weil das für die KE der Wertpapiere wesentliche Moment, die Sicherung eventueller Drittinhaber der Urkunde, entsprechend der besondern Natur der Namenpapiere, auch so noch als genügend beachtet erscheint. Ein Vergleich der Art. 974/5 mit den Art. 978/9 mag dies veranschaulichen¹.

¹ Ueber die Kosten einer gerichtlichen KE vgl. hinten § 15 III.

Unmöglich ist es hingegen, die Art. 974/5 mit dem Art. 977 Abs. 2 Satz 3 in Übereinstimmung zu bringen (Satz 3 des Abs. 2 Art. 977 ermöglicht die KE gemäss Art. 90).

Die Vorschriften dieser Artikel schliessen sich gegenseitig aus. Wenn es nur Wertpapiere gäbe, und nicht auch noch Schuldurkunden, denen die Eigenschaften der Wertpapiere abgehen, eben die blossen Beweisurkunden, so könnte der Art. 977 Abs. 2 Satz 3 als Ausnahmebestimmung bezeichnet werden. Weil aber das Gesetz die blossen Beweisurkunden kennt, und für sie bereits die nun auch für die Namenpapiere geltende Regelung eingeführt hat, kann es für die Namenpapiere keine Ausnahmebestimmung in dieser Richtung geben, denn diese fällt mit der Bestimmung über die blossen Beweisurkunden zusammen. Es gibt demnach nur entweder Beweisurkunden oder richtige Namenpapiere, welche aber diese Bestimmung des Art. 977 Abs. 2 Satz 3 nicht enthalten dürfen.

Damit schliesst sich der Art. 977 Abs. 2 Satz 3 logischerweise aus den Bestimmungen über das Recht der Namenpapiere aus. In diesem Sinne kann daher dieser Artikel auch nicht eine Ausnahme zu den vorn in § 4 gegebenen Grundsätzen über die Aufteilung der KE-verfahren begründen, denn er steht völlig ausserhalb ^{2, 3}.

II. Die Entstehung des Art. 977

Verfolgt man die Entstehung des Art. 977 Abs. 2 Satz 3, so kann klar herausgefunden werden, wo der Fehler liegt, der bei der Aufstellung dieses Artikels begangen worden ist.

Bei der Revision des Gesetzes im Jahre 1936 sind die Namenpapiere zu Wertpapieren erklärt worden, aus der richtigen Erkenntnis heraus, dass zum Beispiel Rectaaktien, Namenobligationen usw. doch eher Wertpapiere sind und daher auch gerichtlich kraftlos erklärt werden müssen, will man nicht eine Gefährdung der Rechtssicherheit in Kauf nehmen.

Die Einführung des KE-zwanges für diese Papiere war ein Hauptzweck dieser Revision.

² Vgl. Oser/Schönenberger zu Art. 90 N. 26: «Eine solche Bestimmung (Art. 977, Abs. 2, Satz 3) gehört aber nicht in den Abschnitt über die Wertpapiere, und speziell die Namenpapiere, als deren an die Aussenwelt tretende Haupteigentümlichkeit gerade der Amortisationszwang hingestellt wird und dessen Mangel gerade lange Zeit den Grund abgab, den blossen Namenpapieren den Wertpapiercharakter abzusprechen.»

³ Vgl. Botschaft 1928 S. 313.

Als unliebsame Begleiterscheinung trat dann das ein, was sich die Banken durch ihre zu weitgehende Reglementierung der Sparhefte selber zuschreiben mögen; es fielen eine ganze Reihe von Sparheften unter den KE-zwang, weil sie ihren Bestimmungen entsprechend als Namenpapiere angesehen werden mussten, ohne dies wirklich sein zu wollen. Eine zweifellos ungünstige Situation für die Sparer vor allem, hält man sich die Kosten einer gerichtlichen KE vor Augen.

Dieser Konsequenz zu entgehen war das Bestreben des Gesetzgebers. Er ist dieser Konsequenz auch entgangen, indem er in die Uebergangsbestimmungen zum OR folgenden Artikel aufnahm (Art. 9):

«Die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes ausgestellten Sparkassen- und Depositenhefte, Spareinlage- und Depositenscheine unterstehen den Vorschriften von Art. 977 über Kraftloserklärung von Schuldurkunden auch dann, wenn der Schuldner in der Urkunde sich nicht ausdrücklich vorbehalten hat, ohne Vorweisung der Schuldurkunde und ohne Kraftloserklärung zu leisten⁴.»

Das hätte vollständig genügt, um den KE-zwang für Sparhefte auszuschliessen (allerdings ohne Verweis auf den Art. 977, der dann eine andere Fassung hätte haben sollen. Es hätte ein Verweis auf den Art. 90 genügt). Die Herausgeber von Sparheften hätten von da an eben keine Urkunden mehr als Namenpapiere ausstellen dürfen, für die sie den KE-zwang nicht angewendet haben wollten. Was nun der Art. 977 Abs. 2 Satz 3 erlaubt, ist die Ausstellung von Urkunden, die auf der einen Seite dem Texte nach Namenpapiere sind, auf der andern Seite durch die Möglichkeit zur KE nach Art. 90 eben doch keine sein können.

III. Der Art. 977 in der Literatur

Neben strenger Ablehnung⁵ und unbestimmter Befürwortung⁶ sind in der Literatur auch Lösungen zu finden, die dem Art. 977 Abs. 2 Satz 3 auf besondere Art gerecht zu werden versuchen. Diese sollen hier kurz betrachtet werden.

⁴ Vgl. Stauffer in Komm. Becker zu OR Bd. 7: Schluss und Uebergangsbestimmungen, Bern 1940 zu Art. 9. Seine dortigen Ausführungen hat er von Guhls Äusserungen in der Exp. Komm. übernommen. Vgl. Exp. Komm. S. 771. Vgl. auch Komm. Becker zu Art. 90 N. 2, BGE 51 II 322 N. 4 (Schluss).

⁵ Vgl. Anm. 2 oben.

⁶ Vgl. Anm. 4 oben.

Beeler⁷ steht dem Art. 977 im Prinzip ablehnend gegenüber. Trotzdem versucht er eine besondere Interpretation des Artikels durchzuführen: Weil das Wort «Schuldschein» sowohl im Art. 90 als auch im Art. 977 Verwendung findet, glaubt er, diese Bestimmung des Art. 977 beziehe sich in jedem Falle auch nur auf Schuldurkunden mit Schuldscheincharakter, und nicht auf Namenpapiere, womit der Zwiespältigkeit des Art. 977 ein Ende gesetzt wäre. Diese Ansicht ist aber aus zwei Gründen nicht haltbar. Erstens widerspricht sie der Meinung des Gesetzgebers (vergl. Prot. Exp. Komm.⁸), und zweitens ist nicht einzusehen, wieso der Gesetzgeber dasselbe zweimal regeln sollte. Was aber die Aufnahme des Begriffes «Schuldschein» in den Art. 977 wirklich bedeutet, ist nun auch noch nicht abgeklärt. Es mag sein, dass der Gesetzgeber selber fand, die Erwähnung des Wortes «Namenpapier» an jener Stelle sei recht ungünstig.

Bruderer⁹ spricht sich grundsätzlich auch gegen den Art. 977 Abs. 2 Satz 3 aus, unter Anrufung der bereits bekannten Gründe. Wie Beeler versucht auch er, dem Art. 977 einen besonderen Sinn beizulegen. Weil das Gesetz sagt, es sei dem Schuldner das Recht vorbehalten, auch ohne Vorweisung der Urkunde gegen eine Privat-KE gemäss Art. 90 zu leisten (sofern dies in der Urkunde vorgemerkt), glaubt Bruderer, dass eine derartige in die Urkunde aufgenommene Bemerkung nicht eine gegenseitige Abmachung zwischen Schuldner und Gläubiger bedeute, sondern dass dem Schuldner die Freiheit bleibe, zu bestimmen, welche Art von KE anzuwenden sei; womit für den Schuldner zugleich eine Pflicht begründet würde, auf eine KE gemäss Art. 90 zu verzichten, «wenn er nur den leisesten Verdacht eines Betruges ahnt»¹⁰.

Auch dieser Auslegung des Art. 977 Abs. 2 Satz 3 kann nicht beige-pflichtet werden, denn sie lässt ausser Betracht, dass in jedem Falle, wo der Erwerber einer Schuldurkunde entsprechend dem Text derselben sich nicht auf diese allein stützen darf, der Erwerber selber dafür verantwortlich gemacht werden muss, seine Rechte beim Schuldner anzuzeigen, in diesem Sinne daher auch den Schutz einer gerichtlichen KE gar nicht verdient.

⁷ Beeler S. 32/3.

⁸ Expertenkommission Prot. S. 771.

⁹ Bruderer S. 147 ff.

¹⁰ Bruderer S. 149.

Cudkowicz¹¹ behauptet — mit dem Gesetz — ein Namenpapier könne nach Art. 90 kraftlos erklärt werden, ohne seine Wertpapiereigenschaft zu verlieren. Aus der Tatsache heraus, dass der Art. 965, der die Wertpapiere definiert, über die Kraftloserklärbarkeit nichts aussagt, will er ableiten, die Kraftloserklärbarkeit sei für den Charakter einer Urkunde als Wertpapier nicht entscheidend. Daraus soll sich ergeben, dass auch eine Urkunde mit KE gemäss Art. 90 noch Wertpapier sein könne. Folgendes muss nun aber dazu bemerkt werden:

1. Der Art. 965 ist nur eine der Bestimmungen des allgemeinen Teils des Wertpapierrechts. Der allgemeine Teil enthält unter anderem auch noch die Art. 971/2, welche die gerichtliche KE für die Wertpapiere fordern.
2. Der Art. 90 Abs. 2 behält ausdrücklich die KE der Wertpapiere vor.
3. Eine nach Art. 90 kraftlos erklärbare Urkunde kann ebenso sehr als Schuldschein wie gemäss Art. 977 Abs. 2 Satz 3 als Namenpapier bezeichnet werden. Gerade unter Heranziehung des Art. 965 kann man aber nicht wohl behaupten sie sei Namenpapier und damit Wertpapier, ohne das ganze anerkannte System der Wertpapiere zu verneinen.

Endlich ist der Grund unverständlich, der Cudkowicz zu dieser Interpretation des Art. 977 veranlasst. Es hat den Anschein, er habe den Art. 9 der Uebergangsbestimmungen überhaupt nicht ins Auge gefasst. Denn unter Berücksichtigung dieses Artikels kann man nicht wohl sagen, der KE-zwang für die Namenpapiere hätte Konsequenzen nach sich gezogen, die speziell für Urkunden mit geringem Wert (Sparhefte) untragbar seien. Untragbare Folgen sind durch den Art. 977 Abs. 1 nicht entstanden (wegen Art. 9 Ueberg.-best.) und werden auch in Zukunft nicht entstehen bei richtiger Beurteilung der Sachlage. Zudem ist zu beachten, dass auch bei den Wechseln und Checks sehr oft Papiere mit geringem Wert ausgestellt werden, für welche auch der KE-zwang besteht¹².

Mit diesen Darlegungen stellt sich diese Arbeit eindeutig auf den Standpunkt, dass jede Urkunde, die eine Klausel gemäss Art. 977 Abs. 2 Satz 3 enthält, nicht Wertpapier sein kann, auch wenn der weitere Text der Urkunde auf diese Eigenschaft schliessen liesse. Eine Möglichkeit,

¹¹ Cudkowicz S. 137 ff.

¹² Ueber den Zustand vor der Revision 1936 des OR vgl. BGE 51 II 320.

die Bestimmungen der Art. 974/5 mit dem Art. 977 Abs. 2 Satz 3 in Uebereinstimmung zu bringen, gibt es nicht ¹³.

Obschon nun der Art. 977 Abs. 2 Satz 3 theoretisch eindeutig abgelehnt worden ist, hat er positivrechtlich Beachtung zu finden: weil er im Gesetz steht, muss und darf er angewendet werden.

Seine Existenz ist von besonderer Tragweite bei der genauen Umschreibung des Kreises der gerichtlich kraftlos erklärbaren Papiere.

¹³ Vgl. auch Botschaft 1928 S. 49.

II. Abschnitt

DIE ENTKRÄFTUNG VON BLOSSEN BEWEISURKUNDEN

§ 6 Die Privat-KE gemäss Art. 90 OR und die erweiterte Privat-KE

I. Ueberblick

Die allgemeinen Ausführungen haben gezeigt, dass nicht bei allen Schuldurkunden dieselben Komplikationen auftreten, wenn sie verloren gehen. Ferner wurde dargelegt, dass bei den blossen Beweisurkunden ganz andere Massnahmen gegen einen Verlust am Platze sind als bei den Wertpapieren. Die sogenannte *Privatkraftloserklärung* ist die Gegenmassnahme gegen einen Verlust einer blossen Beweisurkunde¹.

Ausgegangen von der Annahme, der Schuldner habe dem Gläubiger über ein Schuldverhältnis eine Urkunde (blosse Beweisurkunde) ausgestellt und übergeben, lassen sich folgende Feststellungen treffen:

Wohl ist der Schuldschein in der Hand des Gläubigers nicht in demselben Masse Grund zur Vermutung, die Schuld sei noch nicht getilgt, wie dies umgekehrt der Schuldschein in der Hand des Schuldners für die Vermutung der Tilgung sein kann (Art. 98 Abs. 3)². Ein über die Tilgung hinaus fortdauernder Gläubigerbesitz verunmöglicht aber dem Schuldner die Geltendmachung dieser Vermutung. Aus diesem Grunde darf der Schuldner bei vollständiger Tilgung der Schuld die Rückgabe des Schuldscheines fordern; kann derselbe aber nicht zurückgegeben werden, darf der Schuldner dessen Entkräftung verlangen (Art. 88 Abs. 1)³. Es ist jedoch nicht immer so, dass die Unmöglichkeit der Rückgabe eine Entkräftung der Urkunde gemäss Art. 90 hervorgerufen wird. Das Gesetz kennt noch andere Hilfsmittel, dem Schuldner Sicherheit

¹ Zimmerli S. 10 ff.; Cudkowicz S. 126 ff.

² Das Gesetz knüpft die Tilgungsvermutung an die Rückgabe, nicht an den Besitz des Schuldscheines an (Art. 89, Abs. 3). Vgl. dazu Oser/Schönenberger, Komm. zu Art. 89 N. 11 Becker, Komm. zu Art. 89 N. 7.

Entgegen dieser Auffassung lässt Jäggi, Komm. zu Art. 965 N. 135, die Tilgungsvermutung schon aus dem Schuldnerbesitz entstehen. Für das Problem der Privat-KE spielt dieser Widerstreit der Meinungen keine Rolle, denn in der Entkräftungsurkunde kann der Schuldner die Tilgung festhalten lassen, damit zugleich auch die Vermutung der Tilgung begründen.

³ Oser/Schönenberger, Komm. zu Art. 88 N. 11—15, Art. 90 N. 2; Becker, Komm. zu Art. 88 N. 7, Art. 90 N. 2.

vor zweimaliger Zahlung zu gewähren. Ihm ist immer dann gedient, wenn er zum Beweise der erfolgten Leistung ein Beweismittel erhält, welches in seiner Beweiskraft derjenigen der ursprünglichen Urkunde überlegen ist. Kann diese Ueberlegenheit nicht durch die Rückgabe des Schuldscheines (Art. 89 Abs. 3) bewirkt werden, kann sie aber nicht nur durch eine Entkräftung, sondern bereits mittels einer Quittung (Art. 89 Abs. 1.2) herbeigeführt werden. Es muss allerdings vorausgesetzt werden, dass diese Quittung korrekt ausgestellt ist und auf den Schuldschein Bezug nimmt ⁴.

Es erhebt sich nun die Frage, welches der Grund dafür ist, warum sich der Gesetzgeber nicht damit begnügt hat, dem Schuldner in jedem Falle nur das Recht auf eine Quittung zu verleihen, sondern ihn in Art. 89 ermächtigt, bei Nicht-Rückgabe des Schuldscheines eine öffentliche oder beglaubigte Urkunde über Entkräftung des Schuldscheines und Tilgung der Schuld verlangen.

II. Die Vermutungen aus einer gewöhnlichen Quittung und die Wirkungen einer Privat-KE gemäss Art. 90 OR

Soll die Sonderbestimmung des Art. 90 einen Sinn haben, so muss ihr im Gegensatz zu den Bestimmungen über die Quittung eine weitere Bedeutung zukommen, vor allem eine intensivere Wirkung innewohnen. Die *Quittung*, vom befriedigten Gläubiger ausgestellt, lässt die Vermutung der Tilgung der Schuld entstehen. Dies jedoch erst dann, wenn sie dem Schuldner ausgehändigt worden ist. Diese Vermutung kann durch jegliche Tatsachen entkräftet werden, wodurch bewiesen wird, dass die Tilgung trotz Quittung nicht erfolgt sei ⁵. Es ist also ein Gegenbeweis zu leisten, und zwar von der Person, die behauptet, eine Tilgung sei nicht erfolgt.

Dieselbe Wirkung wie der Quittung kommt einer Urkunde zu, welche allein von einer Privatperson ausgestellt ist und neben der Quittung für die Schuld eine Entkräftung des Schuldscheines ausspricht, eventuell auch unter Bezugnahme auf den Art. 90, was jedoch bezüglich der rechtlichen Wirkung belanglos ist. Zur Auslegung der Urkunde kann hingegen dieser Hinweis wichtig sein.

⁴ Oser/Schönenberger, Komm. zu Art. 88 N. 3, Art. 89 N. 2; Becker, Komm. zu Art. 88 N. 7; Frisch S. 114 ff.; O. Meier S. 126.

⁵ Oser/Schönenberger, Komm. zu Art. 89 N. 2.

Eine *Entkräftung* gemäss Art. 90 (Privatkraftloserklärung unter öffentlicher Mitwirkung), d. h. Ausstellung einer öffentlichen oder beglaubigten Urkunde, muss vor allem dem Schuldner einen Ersatz für die gemäss Art. 89 Abs. 3 mögliche Vermutung bei noch vorhandener Urkunde bieten können. Dies wird denn auch tatsächlich bewirkt. Im Zusammenhang mit dem Art. 9 ZGB (Beweiskraft der öffentlichen Register und Urkunden) wird auch hier dem Schuldner die Beweislast bezüglich der Tilgung abgenommen und dem Gegner auferlegt⁶.

Welches ist nun der Vorteil der Entkräftung durch öffentliche Urkunde gegenüber der Bestätigung der Tilgung in einer gewöhnlichen Quittung? In beiden Fällen kann der Schuldner eine Vermutung für sich sprechen lassen. Soweit sind also die Wirkungen dieselben. In ihren Gesamtwirkungen unterscheiden sich aber Quittung und öffentliche Urkunde:

Die Entkräftung gemäss Art. 90 hat der blossen Quittung voraus, dass bei ihr die Möglichkeit, einen Gegenbeweis gegen die Vermutung der Tilgung zu führen, weitgehend eingeschränkt ist. Dadurch, dass in den qualifizierten Urkunden auf bestimmte Tatsachen Bezug genommen wird, werden dieselben schwer angreifbar. Liegt eine öffentliche Urkunde vor, so hat der Schuldner ausserdem den Vorteil, bei einem Verlust der Entkräftungsurkunde auf das Protokollbuch des Notars verweisen zu können.

Es ist diese Situation, die der Gesetzgeber mit der Ausgestaltung eines besondern Entkräftungsverfahrens für die blossen Beweisurkunden hat schaffen wollen. Dass sie den Schuldner beinahe völlig sichert, dürfte offensichtlich sein.

III. Das Verfahren gemäss Art. 90 OR

A. Voraussetzungen

Ein Entkräftungsverfahren gemäss Art. 90 kann der *Schuldner* grundsätzlich dann fordern, wenn ein Gläubiger Zahlung ohne Rückgabe des Schuldscheines begehrt. Ein Bestehen auf der Rückgabe des Schuldscheines hat für den Schuldner nur dann einen Sinn, wenn er die Umtriebe einer öffentlichen Beurkundung vermeiden will. Einen Beweis des Ver-

⁶ Egger, Komm. ZGB Art. 9 N. 10.

lustes kann er hingegen dem verlierenden Gläubiger nicht abverlangen⁷. Nicht gegeben sind die Voraussetzungen zu einer Entkräftung, wenn der Schuldner erst einen Teil seiner Verbindlichkeit erfüllt. Gemäss Art. 83 darf eine Entkräftung erst bei vollständiger Tilgung der Schuld gefordert werden. Der Schuldner wird sich in diesem Falle mit einer gewöhnlichen Quittung begnügen müssen.

B. Verfahren

Das in Art. 90 vorgesehene Privat-KE-verfahren wird in seinen Einzelheiten dem kantonalen Recht zur Regelung überlassen (Art. 55 Einf. best. ZGB).

Nach Zürcherischem Recht ist sowohl zur Ausstellung einer öffentlichen Urkunde als auch zur öffentlichen Beglaubigung der Notar zuständig (§ 386 Zch. ZPO, § 236 Zch. Einf. best. ZGB). Sein Vorgehen hat sich nach der Geschäftsordnung für die Notariate und Grundbuchämter, einer Verordnung des Zürcher Obergerichts vom 28. Oktober 1932 zu richten. Für die öffentliche Beurkunde wird gemäss §§ 1 ff. dieser Verordnung vorerst ein Personalausweis der ausfertigenden Parteien verlangt. Die wesentlichen Bestandteile der Urkunde werden in ein Protokollbuch eingetragen. Vor Aushändigung der Urkunde wird dieselbe vorgelesen. Bei der öffentlichen Beglaubigung eines Schriftstückes wird gemäss §§ 112 ff. derselben Verordnung nur die Richtigkeit der Unterschriften der ausfertigenden Parteien bezeugt. Letztere Urkunde wird also immer durch die Parteien aufgesetzt, die erstere hingegen kann auch vom Notar selber abgefasst werden.

Die Kosten, welche durch die Mitwirkung der öffentlichen Urkundspersonen entstehen sind durch den Verlierer zu tragen, was sich sinn gemäss aus dem Art. 90 ergeben muss.

IV. Die vom Gläubiger geforderte Privat-KE

Es kann der Fall eintreten, dass ein Gläubiger den Schulschein weit vor dem Fälligkeitsdatum der Schuld verliert und aus irgend einem

⁷ Da der Schuldner die Rückgabe des Schulscheines *fordern* darf, hat er sich nicht mit einem Gläubiger einzulassen, der nur aus Nachlässigkeit die Urkunde nicht zurückgeben will. Vgl. Oser/Schönenberger, Komm. zu Art. 90 N. 2. Im deutschen Recht kann nach Komm. Staudinger zu § 371 N. 2 c der Schuldner den Beweis der Unmöglichkeit der Rückgabe fordern.

Grunde das Schuldverhältnis wieder schriftlich bestätigt haben möchte. Bedenkt man, dass es dem Schuldner gleichgültig sein kann, ob der Gläubiger noch einen Schuldschein besitzt oder nicht — für ihn ist eine KE grundsätzlich erst im Zeitpunkt der Zahlung aktuell —, so darf man wohl sagen, dass es in diesem Falle der Gläubiger ist, der eine Privat-KE begehrt, auch wenn er sie zugleich im Interesse des Schuldners durchführen muss. Das Gesetz enthält seinem Wortlaute nach keine Regelung dieses Falles (vgl. die Art. 88, 90). Es darf jedoch angenommen werden, dass der Art. 90 auch in diesem Falle angewendet werden kann. Als *argumentum e contrario* lässt sich diese Auffassung auch aus dem Art. 116 ableiten, wo bestimmt wird, dass die Ausstellung eines neuen Schuldscheines keine Novation bedeute; diese Bestimmung kann nur einen Sinn haben im Zusammenhang mit Art. 90.

V. Das erweiterte Privat-KE-Verfahren

Die Auslegung des Art. 90 im eben erwähnten Sinne ist von besonderer Bedeutung bei den Spar- und Depositenheften. Diese Urkunden haben eine meist unbefristete Laufzeit, sind ausserdem notwendig zum Zinsnachtrag und in gewissem Sinne auch zur Geltendmachung der Forderung selber⁸, obschon sie in der Regel keine Wertpapiere sind, sondern lediglich Legitimationspapiere.

Fast sämtliche derartigen Urkunden weisen in ihren Reglementen eine Bestimmung auf, wonach der Inhaber bei einem Verlust neben andern Massnahmen (Mitteilung an den Schuldner) auch eine Art Aufgebotsverfahren durchführen muss, wenn er wieder eine Urkunde ausgestellt haben will. Es ist aber klar erkennbar, dass jedes dieser Verfahren mit einer Entkräftung gemäss Art. 90 enden soll. Es kann demzufolge die Wirkung eines solchen Verfahrens keine andere sein als die einer normalen Privat-KE⁹.

Der Schuldner ist durch nichts anderes gesichert als durch eine Entkräftungsurkunde gemäss Art. 90. Wozu dann ein öffentliches Aufgebot? Dieses hat nur dann einen Zweck zu erfüllen, wenn eventuelle Dritthinhaber der Urkunde durch eine KE in ihren Interessen verletzt werden können. Wann dies der Fall sein kann ist vorne erläutert worden. Mit Bestimmtheit kann festgestellt werden, dass bei den Sparheften und

⁸ Vgl. vorn § 2 Ziff. I.

⁹ Vgl. Anhang I.

ähnlichen Papieren, wo eine Privat-KE auf der Urkunde vorgeschlagen ist, ein Schutz von Drittinteressen durch den Verlierer und den Schuldner nicht in Betracht zu ziehen ist, denn es ist eindeutig Sache eines Dritterwerbers, bei derart ausgestalteten Urkunden seine Rechte zu wahren¹⁰. Ein Aufgebotsverfahren ist daher als überflüssig abzulehnen. Es kann höchstens dazu dienen, die Zirkulation von entkräfteten Sparheften zu verhüten und damit die Gefahr einer Zahlung (ohne Legitimationsprüfung) auf solche Urkunden zu verkleinern. Dieser Gefahr kann aber auch auf andere Weise entgegengetreten werden, bei der sich namentlich auch die Unkosten des Verlierers in kleinerem Rahmen bewegen würden.

Diese bei Sparheften allgemein übliche sogenannte erweiterte Privat-KE gilt nur dann, wenn sie vertraglich festgelegt wird. Ein Vertrag entsteht in der Regel dadurch, dass der Einzahler die Reglementsbestimmungen akzeptiert, welche dann das erweiterte Privat-KE-verfahren unter anderem auch enthalten. Es ist aber nicht gesagt, dass der Schuldner in jedem Falle auf der Durchführung dieses Verfahrens beharren wird¹¹. Es kommt auch vor, dass der Schuldner im Anschluss an eine Privat-KE eine besondere Haftbarkeitserklärung des Gläubigers für weitere Folgen der Entkräftung verlangt. Auch dies kann er aber erst nach vertraglicher Abmachung fordern; andernfalls wäre nämlich der Verlierer einer blossen Beweisurkunde schlechter gestellt als der Verlierer eines Wertpapiers, dem der Schuldner nach gerichtlicher KE auch nicht eine derartige Erklärung abverlangen kann¹².

Schliesslich bleibt noch zu erwähnen, dass das erweiterte Privat-KE-verfahren nicht identisch ist mit den in Art. 977 Abs. 2 bezeichneten Verfahren.

¹⁰ Vgl. vorn § 4 I.

¹¹ Gemäss BGE 51 II 322 N. 5 sind solche Verfahren statthaft, Vgl. auch Heizmann S. 87.

¹² Becker, Komm. zu Art. 90 N. 10.

III. Abschnitt

DIE GERICHTLICHE KRAFTLOSERKLÄRUNG DER WERTPAPIERE

I. Kapitel

Die Voraussetzungen zur gerichtlichen Kraftloserklärung der Wertpapiere

§ 7 Der Gegenstand der gerichtlichen KE, die Wertpapiere, betrachtet im Zusammenhang mit der KE im besonderen

Auf Grund der Tatsache, dass eine KE nur dann notwendig werden kann, wenn ursprünglich eine Urkunde — insbesondere ein Wertpapier — über ein Schuldverhältnis ausgestellt worden ist, gehört die Umschreibung der gerichtlich kraftlos erklärbaren Papiere an die Spitze der Betrachtungen über die KE und deren Voraussetzungen¹. An Hand ihrer Bestimmung lässt sich erkennen, wann eine gerichtliche KE überhaupt möglich ist, und entsprechend der Regelung des Gesetzes betr. Aufteilung der privaten und gerichtlichen KE auch sogleich das anzuwendende Verfahren bezeichnen.

I. Die Inhaber- und Namenpapiere, insbesondere ihre Abgrenzung voneinander

Die Inhaberpapiere wären von den Namenpapieren ohne weiteres zu unterscheiden, wenn das Gesetz für das eine oder andere dieser Papiere auf gewissen Formvorschriften beharren würde. Dem ist aber nicht so. Die Inhaber- und Namenpapiere können im Rahmen ihrer Definitionen (Art. 974/5. 978) der Form und auch dem Inhalte nach jedwelche Ausgestaltung erfahren. Zu ihrer Unterscheidung muss daher immer auf das Prinzip ihrer Definitionen zurückgegriffen werden, die in ihrer weiten Fassung eine treffende Bestimmung der Urkunde nicht immer einfach gestalten².

¹ Ueber die gerichtlich kraftloserklärbaren Papiere vgl. auch OG, Art. 45 lit. b.

² Ueber die Interpretation von Wertpapieren vgl. Otfinger in ZSR Bd. 58, S. 178 ff.: «Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung von Verkehrsgeschäften; v. Thur S. 258 ff.; BGE 54 II 270; dazu auch Brunner S. 168 (End. Handb.) über die skripturrechtl. Papiere.

Eine genaue Unterscheidung zwischen Inhaber- und Namenpapieren ist heute von grösserer Bedeutung nur noch für eine Klage auf Herausgabe, die sich im Verlaufe eines KE-verfahrens als notwendig erweisen kann (Art. 985, 1078). Für die Inhaberpapiere gilt der Art. 935 ZGB, für die Namenpapiere dagegen nur der Art. 934 ZGB. Von untergeordneter Bedeutung ist heute die Unterscheidung der beiden Wertpapierarten bezüglich der KE, da in Art. 977 Abs. 1 für die Namenpapiere die Anwendbarkeit der Bestimmungen für die Inhaberpapiere statuiert wird. Die Unterscheidung war zur Zeit der Geltung des alten OR und der alten Rechtsprechung des Bundesgerichts noch nötig, weil die Namenpapiere nicht als Wertpapiere anerkannt waren, und deshalb für sie eine gerichtliche KE nicht in Frage kommen konnte³. Es genügt heute zu fragen, ob ein Wertpapier an und für sich vorliege, eine Unterscheidung ist nur noch zwischen Namen- und Inhaberpapieren einerseits und Ordrepapieren anderseits zu treffen, welche Unterscheidung schliesslich nur noch für die Wahl des Verfahrens (Art. 981 ff., Art. 1072 ff.) massgebend ist.

Eine Trennung der beiden Wertpapierarten voneinander kann daher auf einzelne Probleme beschränkt werden. Dabei werden die durch die Einführung des Art. 977 Abs. 2 neu geschaffenen Verwechslungsmöglichkeiten besonders beachtet werden müssen.

A. Zur Trennung der Inhaberpapiere von den Namenpapieren sind folgende Einzelheiten zu erwähnen:

Schwer zu unterscheiden sind sehr oft die Inhaberpapiere von den hinkenden Inhaber- (oder Namen-) papieren, welche letztere rechtlich als Namenpapiere anzusehen sind (Art. 976). Bei Aufnahme der fakultativen Inhaberklausel (Legitimationsklausel) in ein Namenpapier nähert sich diese Urkunde dem reinen Inhaberpapier in der Hinsicht, als dann auch bei ihr der Schuldner an den blossen Inhaber der Urkunde leisten darf. Wesentlich ist nun aber folgender Unterschied: Während beim Inhaberpapier der Inhaber der Urkunde gemäss Art. 978 als Berechtigter von vornherein anerkannt wird, und deshalb der Schuldner an ihn leisten *muss* (ausgen. Art. 978 Abs. 2), so ist es beim hinkenden Inhaberpapier nur ein «auch leisten *dürfen*» an den Inhaber. Die Legitimationsklausel erlaubt dem Schuldner also lediglich, — zu seinen Gunsten — auf die Untersuchung der Berechtigung des Vorweisers zu verzichten.

³ Vgl. Zimmerli S. 38 ff.

Wie bereits bemerkt, ist eine Unterscheidung der beiden Urkundenarten in rechtlicher Hinsicht wohl möglich. In der Praxis wird eine Unterscheidung jedoch sehr oft zu einem heiklen Problem. Es ist zu beachten, dass die Inhaberklausel ganz verschieden lauten kann. Worte wie «Vorweiser», «Ueberbringer», aber auch die Auslassung einer namentlichen Bezeichnung eines Berechtigten können dem Ausdruck «Inhaber» gleichgesetzt werden. Als Inhaberpapier wird eine Urkunde auch dann noch anerkannt, wenn auf ihr der Name des ersten Erwerbers erwähnt, daneben aber eine Inhaberklausel vorhanden ist, die ersehen lässt, dass die Leistung an jeden Inhaber versprochen wird⁴. Nicht einmal ein Aufdruck für Uebertragungen auf der Rückseite der Urkunde vermag nach Ansicht des Bundesgerichtes deren Inhaberpapiercharakter zu zerstören⁵, vorausgesetzt, dass aus dem weitem Text der Urkunde eindeutig hervorgeht, dass der Schuldner an den Inhaber zu leisten verpflichtet sein will. Folgender ähnlicher Fall wurde vom Bundesgericht jedoch anders entschieden: Auf der Vorderseite einer Urkunde war textlich einwandfrei ein Inhaberpapier formuliert, auf der Rückseite der Urkunde aber eine Bestimmung vorhanden, wonach sämtliche Uebertragungen der Urkunde dem Schuldner zu melden gewesen wären. Die Aufnahme dieser Klausel veranlasste das Bundesgericht, dieser Urkunde die Inhaberpapiereigenschaft abzuerkennen⁶. Aus der Gegenüberstellung dieser beiden Entscheide lässt sich folgender Grundsatz ableiten: Solange vom Inhaber einer derartigen (zweifelhaften) Urkunde nicht positiv an dem Inhaberpapiercharakter der Urkunde widersprechendes Verhalten gefordert wird, kann die betreffende Urkunde noch als Inhaberpapier angesehen werden⁷.

B. Zu den Problemen, die durch die Einführung des Art. 977 Abs. 2 entstanden sind, ist zu bemerken:

Durch die Einführung des Art. 977 Abs. 2 sind neue Verwechslungsmöglichkeiten geschaffen worden. Eine Klausel gemäss Art. 977 Abs. 2 Satz 3 nimmt jeder Urkunde den Wertpapiercharakter. Dieses Problem sei hier nicht mehr zur Diskussion gestellt⁸.

Wie verhält es sich nun aber mit einer Urkunde, welche zum Beispiel

⁴ Vgl. Zimmerli S. 27 und die dort Zitierten.

⁵ Vgl. BGE 35 II 620, 67 II 31.

⁶ Vgl. BGE 53 II 160.

⁷ Vgl. BGE 67 II 31, 68 II 91; Praxis Bd. 30 N. 61; SJZ Bd. 36 S. 46 (28).

⁸ Vgl. vorn § 5.

den Namen des ersten Nehmers, eine Inhaberklausel und einen Vorschlag für eine vereinfachte gerichtliche KE gemäss Art. 977 Abs. 2 Satz 1 und 2 enthält. Der Wille des Ausstellers, ein Wertpapier zu schaffen, kann hier wohl nicht bestritten werden. Die Urkunde muss als Wertpapier angesehen werden, weil sie die entscheidenden Merkmale eines solchen enthält. In Anwendung des unter Lit. A geprägten Grundsatzes kann hier kein Inhaberpapier vorliegen, denn der Inhaber der Urkunde wird zu einem Verhalten verpflichtet, welches positiv zu den Bestimmungen über die Inhaberpapiere zuwiderläuft. Der Inhaber wäre in seinen Rechten beschränkt, indem er auf eine geringere Zahl von Aufgeboten oder auf eine kürzere Anmeldefrist zu achten hätte. Ferner ist zu beachten, dass die Bestimmungen über die Vereinfachung der KE nur im Abschnitt über die Namenpapiere zu finden sind, so dass vermutet werden muss, der Aussteller der Urkunde habe diesen Bestimmungen als Grundlage für seine Urkunde angewendet, demgemäss ein Namenpapier schaffen wollen. Schliesslich muss auch in Betracht gezogen werden, dass die Vorschriften über die KE der Inhaberpapiere zwingender Natur sind, also nicht abgeändert werden dürfen. Eine Urkunde, welche neben der Inhaberklausel auch den Berechtigten namentlich erwähnt, dazu auf den Art. 977 Abs. 2 verweist, kann demnach nicht als Inhaberpapier bewertet werden. Liegt jedoch anderseits eine Urkunde vor, welche gemäss ihrem Texte unzweifelhaft als Inhaberpapier zu betrachten ist, aber in bezug auf die KE auf den Art. 977 Abs. 2 verweist, so muss die KE-klausel in Anwendung des Art. 20 betr. Teilnichtigkeit als nicht geschrieben betrachtet werden. Dass dieser Entscheid nicht gegen den unter lit. A geprägten Grundsatz verstösst ergibt sich daraus, dass es sich hier erstens um eine textlich einwandfreie Urkunde handelt, zweitens kann hier gar nicht eine Massnahme gefordert werden, die gegen die Grundsätze der Bestimmungen über die Inhaberpapiere verstösst, weil die zwingenden Normen über die KE der Inhaberpapiere eine Anwendung anderer KE-verfahren ausschliessen ^{9/10}.

⁹ Ist auf einer Urkunde vermerkt, sie sei nach den Bestimmungen über die Namenpapiere kraftlos zu erklären, so kann nur KE gemäss Art. 977 Abs. 1 in Frage kommen, denn Vereinfachungen des Verfahrens müssen wörtlich auf der Urkunde vorgemerkt sein.

¹⁰ Vgl. Zimmerli S. 27; Beeler S. 174. Bei ihnen findet sich die Aufteilung der Inhaberpapiere in drei Gruppen.

II. Die Ordrepapiere

Für sämtliche Ordrepapiere, die nach Massgabe des Gesetzes ausgefertigt werden können und als Wertpapiere angesehen werden, gilt nur ein einziges Verfahren in bezug auf die KE. Das im Wechselrecht ausgestaltete Verfahren ist anzuwenden für den Wechsel (Art. 1072 ff.), den Check (Art. 1143 Ziff. 19), die wechselähnlichen Ordreanweisungen (Art. 1147 und 1151) und die weitem, teilweise noch näher zu umschreibenden Ordrepapiere (Art. 1152).

Für die Klage auf Herausgabe (Art. 1073) von Ordrepapieren gelten immer die Bestimmungen der Art. 1006 Abs. 2 und 1112: diese stimmen miteinander überein, so dass eine Separation der Ordrepapiere unter sich auch diesbezüglich fallen gelassen werden kann.

Bei den Ordrepapieren stellen sich im Rahmen dieser Arbeit demnach nicht dieselben Probleme zur Besprechung wie bei den Namen- und Inhaberpapieren.

Es gilt hier nur zu untersuchen, welche Papiere überhaupt Ordrepapiere sind und damit einer KE gemäss Art. 1072 ff. unterliegen können. Diese Untersuchung muss einerseits die Abgrenzung zu den andern Wertpapierarten, speziell den Namenpapieren umfassen (ein Problem, welches mit der Auffassung über die Ordreklausel eng zusammenhängt), anderseits eine Stellungnahme zur Frage der sogenannten «unbenannten Ordrepapiere» sein, einer Kategorie von Ordrepapieren, deren Zulässigkeit noch umstritten ist. Diese letztere Stellungnahme ist auch notwendig zur genauen Umschreibung des Kreises der gerichtlich kraftlos erklärten Papiere überhaupt.

Da gemäss Art. 1145 zwischen gesetzlichen und gewillkürten Ordrepapieren unterschieden wird, müssen auf der einen Seite die gesetzlichen Ordrepapiere umschrieben werden, auf der andern Seite eine Untersuchung über die Ordreklausel angestellt werden.

Für Wechsel und Check bestimmt das Gesetz in den Art. 1001 Abs. 1 und 1108 Abs. 1 übereinstimmend, dass diese Wertpapiere auch ohne ausdrücklichen Vermerk der Ordreklausel als Ordrepapiere zu gelten haben¹¹.

Für alle andern Urkunden, welche gemäss Art. 1145 geschaffen werden können, wird die ausdrückliche Ordreklausel verlangt (Art. 1147, 1151/2). Verlangt das Gesetz die Ordreklausel, so darf angenommen

¹¹ Ueber die andern gesetzlichen Ordrepapiere vgl. unten S. 44.

werden, dass das Gesetz einen strengen Masstab an den Wortlaut dieser Klausel anlegen will. Meines Erachtens ist es aber nicht unbedingt notwendig, dass das Wort «Ordre» im Text der Urkunde vorkommt; es genügt, wenn ausdrücklich statuiert wird, dass der Schuldner an den genannten Berechtigten oder denjenigen zu leisten gewillt sei, den dieser Berechtigte selber wieder nennt¹².

Diese Willensäußerung muss klar und unzweideutig vorhanden sein, sonst kann eine Urkunde nicht als Ordrepapier angesehen werden. Eine ungenügende Ordreklausel hat zur Folge, dass die Urkunde nur noch als Namenpapier betrachtet werden kann, sofern sich eine wertpapierrechtliche Verpflichtung des Schuldners überhaupt noch feststellen lässt¹³.

Die blosse Bemerkung, eine Urkunde sei durch Indossament oder Aufzeichnung der Uebertragung auf der Rückseite der Urkunde übertragbar, genügt nicht, ein Ordrepapier zu schaffen. Steht ein derartiger Vermerk jedoch im Gesetz (vgl. die Art. 684 Abs. 2, ZGB Art. 869 und BG über die Ausg. v. Pfandbr. Art. 7 Abs. 2), so werden diese Urkunden als gesetzliche Ordrepapiere betrachtet, auch wenn in den eben zitierten Artikeln die für den Wechsel und Check übliche Form der Ordrepapiererklärung durch das Gesetz fehlt (vgl. die Art. 1001 und 1108).

Somit sind nicht nur Wechsel und Check, sondern dazu noch die Namenaktien (exkl. vinkulierte Rectaaktien), Namenpfandtitel und Namenpfandbriefe gesetzliche Ordrepapiere. Alle andern Urkunden, die Ordrepapiere sein wollen, bedürfen der ausdrücklichen Ordreklausel¹⁴. In den Gesetzesbestimmungen über die Ordrepapiere befinden sich sehr viele Vorschriften formeller und auch materieller Natur. Bei restriktiver Auslegung sämtlicher Normen ergibt sich, dass kein Ordrepapier bestehen kann, für das nicht gewisse Formvorschriften oder Beschränkungen gegenständlicher Natur Geltung hätten (die Ordreklausel wird hier nicht als Formvorschrift betrachtet). Ganz andere Verhältnisse also als bei den Namen- und Inhaberpapieren, welche keinen solchen Beschränkungen unterliegen.

Es fragt sich nun aber, ob die Vorschriften über die Ordrepapiere wirklich so auszulegen sind, dass die Schaffung freier Ordrepapiere verunmöglicht wird.

¹² Vgl., den Wortlaut der alten Ordreklausel, auch Beeler S. 23/4.

¹³ Oetterli (S. 24) ist der Ansicht, das Wort «Ordre» sei unumgänglich notwendig, wogegen Dörig (S. 89 ff.) die hier vertretene Ansicht hat.

¹⁴ Dörig S. 23/4; Oetterli S. 24; vgl. hinten § 15.

Der Art. 1145 kann aufgefasst werden als *die* Definition der Ordrepapiere; er enthält weder gegenständliche noch formelle Beschränkungen. Die andern Artikel des Gesetzes über die Ordrepapiere stellen innerhalb dieses Rahmens spezielle Bestimmungen auf und weisen darauf hin, wie der Art. 1145 ausgenützt werden — *kann oder darf*. Damit treffen wir auf den entscheidenden Punkt: besteht ein *numerus clausus* für Ordrepapiere?

Die Schaffung von Ordrepapieren nur auf Grund des Art. 1145 würde wohl dieselbe Freiheit wie bei den andern Wertpapieren gestatten. Ihn allein anzuwenden ist aber nicht möglich, weil er selber gar keine Bestimmungen enthält über die Form des Indossamentes, die Legitimation des Inhabers usw., so dass über die Verwendbarkeit von Papieren nur mit dem Art. 1145 als Grundlage eine reichlich unklare Lage entstehen würde. Ein Artikel, der wohl gegenständliche als auch formelle Beschränkungen enthält, trotzdem aber bei freier Auslegung die Möglichkeit zur Schaffung unbenannter, freier Ordrepapiere offen lässt, zudem bestimmte Regeln, welche für die Ordrepapiere unumgänglich sind, aufweist, ist der Art. 1152¹⁵.

Innerhalb dieses Artikels wird nach Möglichkeiten gesucht, frei, ohne Beschränkungen, Ordrepapiere ausstellen zu können. Diese Möglichkeit wird dann als gegeben betrachtet, wenn die im Art. 1152 stehende Aufzählung von Ordrepapieren nicht als abschliessend aufgefasst wird, sondern wenn unter dem Ausdruck «andere indossierbare Papiere» (Art. 1152 Abs. 2) nach Ordrepapiere verstanden werden, für welche das Gesetz nicht bereits bestimmte Regeln aufgestellt hat, eben die unbenannten Ordrepapiere.

Nur dem Wortlaut des Art. 1152 Abs. 2 entsprechend wäre diese Möglichkeit bereits gegeben. Jedoch stehen dieser Auslegung die Ansichten entgegen, welche in der Botschaft des Bundesrates zur Revision des OR (1928) und in einem Entscheid des Bundesgerichts zum Ausdruck kommen¹⁶.

Danach sollen unter «andern indossierbaren Papieren» nur Urkunden verstanden werden, welche bereits im Gesetz genannt sind (als gesetzliche Ordrepapiere, wie Ordreaktionen, Namenpfandbriefe usw.).

¹⁵ Vgl. Dörig S. 89 ff. Die hier vertretenen Ansichten sind von ihm weitgehend übernommen (dazu stark abgekürzt dargelegt).

¹⁶ Vgl. BGE 65 II 67 ff.

Die durch die Botschaft und das Bundesgericht befürwortete Auslegung des Art. 1152 Abs. 2 ist jedoch nicht unbedingt richtig, besonders die weitere Argumentierung des Bundesgerichts kann angefochten werden. Seine Ansicht, dass eine freie Regelung bei den Ordrepapieren, wie sie die Zulassung der unbenannten Ordrepapiere mit sich bringen würde, die Sicherheit des Rechtsverkehrs gefährde, da dieser gewisse, fest geregelte Wertpapiertypen wünsche, fällt in sich selber zusammen, wenn wir die freie Regelung bei den Namen- und Inhaberpapieren in Betracht ziehen.

Somit darf die grundsätzliche Zulässigkeit der Schaffung «unbenannter Ordrepapiere» angenommen werden, die frei von irgendwelchen gegenständlichen und formellen Beschränkungen, und für welche die weiteren Bestimmungen des Art. 1152 Abs. 2 (mit Verweis auf die Art. 1003, 1006, 1072 ff.) anzuwenden wären¹⁷.

Freilich mag der praktische Werte solcher Papiere in Anbetracht der jetzt schon gegebenen unumstrittenen Möglichkeiten des Art. 1152 gering sein, aber wesentlich ist doch, dass auch für die Ordrepapiere, — wie für die Namen- und Inhaberpapiere —, der Parteiautonomie keine Beschränkung auferlegt ist innerhalb des Wertpapierkreises.

Mit dieser Festlegung des Kreises der Ordrepapiere ist die Summe der gerichtlich kraftloserklärbaren Papiere überblickbar und auch abgegrenzt.

Lediglich zwei Probleme bedürfen noch kurzer Erwähnung. Erstens, was soll mit denjenigen Urkunden geschehen, welche den bei den Ordrepapieren häufigen Formvorschriften nicht entsprechen?

Nichtigkeit der Urkunde wird in den seltensten Fällen anzunehmen sein, denn eine gewisse blosser Beweisfunktion kommt auch der einfachsten Urkunde zu; daneben müssen aber auch noch die Interessen redlicher Drittinhaber berücksichtigt werden, welche eine formunrichtige Urkunde nicht immer erkennen können, und durch eine Nichtigerklärung der Urkunde zu Schaden kommen könnten. Wesentlich für das Thema der KE bleibt nur die Frage, ob jeweiligen noch ein Wertpapier

¹⁷ Ein Entscheid in BIZR Bd. 2 N. 22 lässt unbenannte Ordrepapiere zu, zudem überhaupt jegliche freie Ausgestaltung der Ordrepapiere.

Die Ausführungen Dörigs halten sich streng an den Grundsatz, wonach die speziellen Bestimmungen (Art. 1145 ff.) die generellen ausschalten (Art. 967 Abs. 2, 968/). Dass auch dann, wenn die allgemeinen Bestimmungen beigezogen würden, dieselbe Lösung des Problems in Frage käme, lässt die Auslegung der Art. 1145 ff. durch Dörig um so eher als berechtigt erscheinen.

vorliege oder nicht, so dass hier zu diesem Problem nicht weiter Stellung genommen werden muss¹⁸.

Als letztes Problem im Rahmen der Betrachtungen über die Ordre-papiere muss die Möglichkeit der Begebung unvollständiger Urkunden erwähnt werden (Blankowechsel und -check, Art. 1000 und 1143 Ziff. 3). Diesen Urkunden kommt insofern Rechtswirkung zu, als sie den Nehmer derselben ermächtigen, die Urkunde bei Bedarf vollständig auszufüllen und weiter zu begeben (gemäss Verabredung zwischen Aussteller und Nehmer, unter Beachtung der Vorschriften der Art. 1007 und 1143 Ziff. 5).

Das Blankett selber ist noch nicht Wertpapier. Trotzdem anerkennt die Praxis schon seit langem die Notwendigkeit einer KE dieser unvollständigen Urkunden, die später als Wertpapiere zirkulieren können.

In bezug auf die KE bereitet besonders die Tatsache Schwierigkeiten, dass ein Blankett von Natur aus schwer individualisierbar ist, und auch bei genauester Beschreibung oft nicht zur KE entgegengenommen werden kann. Es könnten nämlich bei einer KE von Blanketten folgende Gefahren auftreten:

1. Die Urkunde, welche sich nun vielleicht *vollständig ausgefüllt* im Verkehr befindet, wird auf den Aufruf hin nicht vorgewiesen, *weil der jetzige Inhaber das ursprüngliche und nun aufgerufene Blankett gar nicht mehr erkennen kann*. Der redliche Inhaber der Urkunde wäre somit imstande, seine Rechte zu wahren.

2. Nach erfolgter KE des Blanketts könnte es der Fall sein, dass auch ein anderer, richtiger Wechsel oder Check abgelehnt wird, mit dem Hinweis, er beruhe auf einem kraftlos erklärten Blankett. Auch hier könnte ein gutgläubiger Inhaber von Urkunden des gleichen Ausstellers zu Schaden kommen.

Bevor ein Blankett zur KE zugelassen werden kann, muss daher immer untersucht werden, ob eine derartige Gefährdung von Drittinteressen in Frage kommen kann oder nicht¹⁹.

¹⁸ Ausführliche Betrachtungen zu diesem Problem finden sich bei Oetterli S. 120 ff. und Dörig S. 25 ff.

¹⁹ BGE 40 II 35, BIZR Bd. 13 N. 139.

§ 8 Die Antragsberechtigung zur gerichtlichen KE der Wertpapiere

I. Die Antragsberechtigung im allgemeinen

Eine KE nimmt der Richter nur dann an Hand, wenn sie ihm von einer berechtigten Person beantragt wird. In diesem Sinne ist daher die Antragsberechtigung eine weitere Voraussetzung zur KE.

Man könnte sich vorstellen, dass diese Antragsberechtigung einer ganzen Reihe von Personen zustünde. In Frage kommen könnte der Verlierer der Urkunde; möglich wäre aber auch, dieses Recht nur dem Eigentümer der Urkunde zu übertragen. Um zu erfahren, wem dieses Recht wirklich zukommen soll, ist es vorteilhaft, sich eine Uebersicht darüber zu verschaffen, wo ein Verlust der Urkunde überall auftreten kann, und wie er sich an der betreffenden Stelle auswirkt.

Der Eigentümer seines Wertpapiers, der nach herrschender Lehre (Eigentumstheorie) als einziger das Recht hat, als Gläubiger gegenüber dem Schuldner aus dem Papier (Art. 966) entgegenzutreten, hat in seiner Stellung ein umfassendes Recht über das Wertpapier. Für den Eigentümer kann es unter Umständen nun recht nützlich sein, sich Teile dieses Rechts zu begeben. Im Rahmen des Gesetzes bieten sich ihm eine ganze Reihe von Möglichkeiten, ohne Aufgabe des Eigentums andere Personen mit Rechten an seinem Wertpapier auszustatten.

Der Eigentümer kann das Wertpapier einer andern Person zum Faustpfand übergeben (Art. 967 Abs. 1; ZGB Art. 899 ff.); Wertpapiere können Objekt einer Retention werden (ZGB Art. 895); der Eigentümer kann für eine andere Person Nutzniessung an einem Wertpapier bestellen (ZGB Art. 745 ff.); es kommt sehr oft vor, dass der Eigentümer das Wertpapier aus den Händen gibt, um es einem andern (Mandatur, Kommissionär) zu übergeben, welcher es für ihn verkaufen soll, wobei bei einem Kaufgeschäft sich die umgekehrte Situation ebensogut vorstellen lässt (Art. 394 ff.); weit verbreitet ist auch die Hinterlegung von Wertpapieren bei einer Bank (Art. 472 ff.).

Zur Bestellung der genannten beschränkten dinglichen Rechte ist eine Uebertragung des Besitzes vom Eigentümer auf den Berechtigten unbedingt notwendig (Art. 967; ZGB Art. 919 ff.), damit ein Vertrag überhaupt entsteht. Bei den genannten obligatorischen Geschäften ist eine Besitzesübertragung recht häufig, jedoch nicht Bedingung zur Entste-

hung des Vertrages; für uns wichtig ist nur der Fall, wo Besitz übertragen worden ist.

Weil alle oben genannten Vertragspartner des Eigentümers für diesen die Sache besitzen können, sind sie auch dafür verantwortlich, dass ihnen und damit dem Eigentümer das Wertpapier erhalten bleibt. Diese Pflicht ist im Gesetz verankert: Art. 398, 425 Abs. 2, 473; ZGB Art. 890 (gilt auch für die Retention), 752.

Ist diese Verantwortlichkeit der Besitzer anerkannt, so entspricht es nur der Gerechtigkeit, wenn man ihnen geeignete Mittel in die Hand gibt, ihren Pflichten nachzukommen.

Für die Wertpapiere ist dieses Mittel bei Verlust (über den Verlust vgl. Art. 934 Abs. 1 ZGB) die KE. Das Einfachste und Richtige ist es nun, wenn man jedem *Besitzer* das Recht gibt, sich selber dieses Mittels zu bedienen, ihn zum Antrag einer KE ermächtigt (Art. 971 Abs. 2).

Dass diese Auffassung ihre Berechtigung besitzt, sollen folgende Beispiele belegen:

Für die Nutzniessung bestimmt das Gesetz in Art. 750 ZGB, dass der Eigentümer nicht verpflichtet sei, die untergegangene Sache wieder herzustellen. Wenn man daneben den Art. 752 ZGB auch noch in Betracht zieht, so ergäbe sich für den Nutzniesser eine unhaltbare Stellung, wenn nur der Eigentümer zu einer KE antragsberechtigt wäre. Der Nutzniesser wäre völlig dem guten oder schlechten Willen des Eigentümers ausgeliefert.

Für das Pfandrecht ergäbe sich eine ähnlich ungünstige Situation. Die Bestimmung des Art. 888 Abs. 1:

«Das Faustpfandrecht geht unter, sobald der Gläubiger die Pfandsache nicht mehr besitzt und auch von dritten Besitzern nicht zurückverlangen kann.»

hätte nämlich zur Folge, dass bei Verlust des Wertpapiers durch den Pfandgläubiger das Pfandrecht untergehen würde, weil dieser eben nicht mehr instande wäre, die Urkunde und das Recht von einem unbekannten Drittbesitzer zurückzuverlangen. Das Recht auf Antrag einer KE auch für den Besitzer (Pfandgläubiger) lässt eine derart ungünstige Situation nicht entstehen. Wohl bestünde die Möglichkeit, durch entsprechende Ausnahmebestimmungen im Sachenrecht den beschränkt dinglich Berechtigten entgegenzukommen; es ist aber vorteilhafter, den unselbständigen Besitzer zur Durchführung eines KE-verfahrens zu berechnen.

Jeden Verlierer schlechthin als antragsberechtigt zu betrachten, kommt aber auch nicht in Frage. Damit wäre nämlich auch der, welcher das Wertpapier nur ganz vorübergehend in Händen gehabt hat, als Antragsteller zu betrachten. Einer Person mit derart schwacher rechtlicher Stellung die Antragsberechtigung zuzuerkennen, würde zu weit führen, ist doch direkt hinter dem sogenannten «Besitzdiener» immer ein wirklicher Besitzer, dessen Antragsberechtigung vollauf genügt, um Verluste, verursacht durch Besitzdiener, ebenfalls auszugleichen.

II. Die Antragsberechtigung nach Gesetz

Auf Grund der bei der Nutzniessung (Art. 750 ZGB) und dem Pfandrecht (Art. 888 ZGB) getroffenen Lösungen und auch auf Grund der weitem Ueberlegungen, musste sich das Gesetz in der Frage der Antragsberechtigung ebenfalls dafür entscheiden, den Besitzer des Wertpapiers als antragsberechtigt anzuerkennen.

Mit ziemlicher Klarheit wird dies dargelegt in den Art. 971 Abs. 2; 981 Abs. 1.3; 1072 Abs. 1; 1074 Abs. 2.

A. Um feststellen zu können, welchen Kreis von Personen das Gesetz damit, dass es den Besitzer (es macht den Besitz zugleich zur Bedingung Art. 981 Abs. 3 und 1074 Abs. 2) als Antragsberechtigten anerkennt, einschliessen will, muss als erstes abgeklärt werden, wie sich das intensivste Recht über ein Wertpapier, *das Eigentum*, gestaltet. Die rechtliche Stellung des Eigentümers bildet den Ausgangspunkt für alle Fragen des Besitzes.

Für die einzelnen Arten von Wertpapieren bestimmen dies die folgenden Artikel:

a) Namenpapiere: Art. 975 Abs. 1¹.

b) Inhaberpapiere: Art. 978 Abs. 1. Der Schuldner darf jeden Inhaber als Berechtigten ansehen, d. h. jeder Inhaber kann Leistung fordern, obschon auch hier die Eigentumstheorie² Geltung hat; Eigentümer und damit wahrer Berechtigter aus dem Papier wird nur der, welcher das Inhaberpapier in gutem Glauben von einem andern zu Eigentum erwirbt, Art. 933, 935, 714 ZGB³.

c) Ordrepapiere: Art. 1006 Abs. 1, vgl. auch Art. 1008/9. Besser und klarer war der Art. 755 aOR:

¹ Vgl. Beeler S. 105, 108; Bruderer S. 26. BGE 42 II 212; SJZ Bd. 12 S. 328.

² Vgl. Brunner S. 163; Jacobi S. 358; Ulmer S. 73.

³ Vgl. Bindschädler S. 91; Jacobi S. 138/9, 233/4; Contat S. 41 ff.; Beeler S. 74/6; BGE 38 II 61.

«Der Inhaber eines indossierten Wechsels wird durch eine zusammenhängende, bis auf ihn hinuntergehende Reihe von Indossamenten als *Eigentümer* des Wechsels legitimiert⁴.»

Von dieser Stellung des Eigentümers (Art. 641 ff. ZGB) kann nun dazu übergegangen werden, die verschiedenen möglichen Arten des Besitzes zu erörtern.

B. Indem das Gesetz jede Person, der die Stellung eines *Besitzers* des Wertpapiers zukommt, als *antragsberechtigt* erklärt, werden folgende Personen von diesem Recht erfasst:

a) *Selbständige Besitzer:*

Selbständiger Besitzer ist immer der *Eigentümer*, sei nun die Sache in seinen Händen oder nicht (Art. 920 ZGB). Damit ist er immer antragsberechtigt.

Selbständiger Besitzer kann aber auch ein gegenüber dem Eigentümer unselbständiger Besitzer sein, wenn er die Sache seinerseits weiter übertragen hat. Selbständiger Besitz besteht dann vom zweiten gegenüber dem dritten Besitzer. In diesem Falle sind drei verschiedene Personen zur KE antragsberechtigt.

b) *Unselbständige Besitzer:*

aa) *Pfandgläubiger:* Art. 884 ff. ZGB, speziell die Art. 899, 901 (OR Art. 967) ZGB über das Pfandrecht an Forderungen.

Der Pfandgläubiger muss Besitzer der Urkunde sein. Er ist antragsberechtigt.

Da zum Antrag auf KE früherer Besitz erforderlich ist, kann einem *nachgehenden Pfandgläubiger* nicht ohne weiteres das Antragsrecht eingeräumt werden, denn Besitz wird ihm weder nach Gesetz (Art. 920 und 903 ZGB) noch nach Praxis (BGE 66 II 24) zuerkannt⁵. Zu erwägen ist aber, dass die Nachverpfändung trotz der Weglassung des Besitzes ein Rechtsverhältnis dinglicher Natur ist. Dieser Umstand lässt eine Ausnahme auch bezüglich der Antragsberechtigung zur KE befürworten. Es soll der nachgehende Pfandgläubiger antragsberechtigt sein, wenn eine KE für ihn der einzige Weg zur Wahrung seiner Rechte darstellt. Dies ist dann der Fall, wenn die vorgehenden Berechtigten einen Ur-

⁴ Vgl. Zimmerli S. 51; Ulmer S. 235 ff.; Beeler S. 79/81.

⁵ Vgl. Komm. Leemann Sachenrecht zu Art. 903 ZGB; C. Horber, das Forderungspfandrecht, Zch. Diss. 1905 S. 68.

kundenverlust nicht durch eine KE beheben wollen. Den nachgehenden Pfandgläubiger in dieser Situation zum KE-antrage zu berechtigen verstösst nicht gegen die Regeln der Nachverpfändung, weil er auch so seine Rechte erst dann ausüben kann, wenn sie ihm von den andern Beteiligten überlassen werden, im Normalfall also eine Besitzesübertragung stattfinden würde.

bb) *Retentor*: Art. 895 ff. ZGB. Der Retentor ist Besitzer und daher zur KE antragsberechtigt⁶.

cc) *Nutzniesser*: Art. 745 ff. ZGB. Der Nutzniesser an einem Wertpapier muss Besitzer desselben sein, er ist somit zur KE ebenfalls antragsberechtigt. Analog dem nachgehenden Pfandgläubiger muss auch der erbrechtlich Nutzniessungsberechtigte (Art. 561 ZGB) antragsberechtigt sein.

dd) *Mandatar*: Die Schwierigkeiten, welche sich bei der Frage nach der Antragsberechtigung eines Mandatars ergeben, sind wohl hauptsächlich theoretischer Natur. Es wird nicht leicht sein, für jeden Fall exakt bestimmen zu können, ob der Mandatar Besitz an einem Wertpapier erlangt habe oder nicht. Sein Recht an einer Sache, die durch seine Hände geht, kann verschieden intensiv sein, d. h. er kann einmal Besitzdiener, ein andermal aber wirklich Besitzer sein. Beistzdiener kann der Beauftragte dann sein, wenn er zum Beispiel das durch ihn verkaufte Gut zur Vollendung des Geschäftes beim Auftraggeber abholt und sofort dem Käufer übermittelt. Liegt hingegen die Sache bei ihm, hat sie der Auftraggeber ihm schon zum Verkaufe übergeben, so wird Besitz anzunehmen sein. Schwieriger wird die Situation, wenn der Mandatar seinem Auftraggeber Wertpapiere (Ware) zuführen soll. Da erhebt sich vor allem die Frage, wann der Auftraggeber Besitz erlangt. Grundsätzlich wird angenommen, dass in diesem Falle der Auftraggeber dann Besitz erlangt hat, wenn sich die Sache beim Beauftragten befindet und so ausgesondert ist, dass sie einwandfrei als für den Auftraggeber bestimmt zu erkennen ist.

In diesem Moment besteht demnach für beide, Auftraggeber und Beauftragten, die Antragsberechtigung. Wenn vorhin gesagt worden ist, dass diese präzisen Ausscheidungen des Besitzes nur theoretisch die Frage nach der Antragsberechtigung komplizieren würden, so wird diese Ansicht deshalb vertreten, weil in der Praxis die Verantwortlichkeit des Mandatars für die Geschäftsführung (Art. 398) eine grössere Bedeutung

⁶ Vgl. Komm. Leemann Sachenrecht zu Art. 895 ZGB N. 48.

haben wird, als die Frage nach dem Besitz. Diese Verantwortlichkeit wird nämlich veranlassen, dass der Mandatar ungeachtet der genauen Besitzverhältnisse die KE durchführt, weil sich der Auftraggeber nicht dafür interessieren wird, die Umtriebe einer KE auf sich zu nehmen, die schliesslich sein Beauftragter verursacht hat. Der Auftraggeber ist ja so — mit einer KE, oder so — durch Schadenersatz, gesichert, also wird er es seinem Mandatar überlassen, das Geeignete zu veranlassen. Dass mit dieser Annahme dem Gesetz in bezug auf die Vorschriften über die Antragsberechtigung nicht Genüge getan werde, ist nicht zu befürchten, denn hätte der Mandatar keinen Besitz erlangt, könnte er sein Recht zum Antrag auf KE doch vom Auftraggeber ableiten⁷.

ee) *Kommissionär*: Die Verhältnisse liegen hier im Grossen und Ganzen gleich wie beim gewöhnlichen Mandatar, nur ist auch das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs in Betracht zu ziehen, ebenso die Tatsache, dass der Kommissionär in eigenem Namen abschliesst (vgl. Art. 425 ff.).

ff. *Das antezipierte Besitzeskonstitut*: Im Wertpapierhandel kommt es vor, dass durch ein Besitzeskonstitut der Uebergang von Besitz und Eigentum bewirkt wird, bevor der Uebertragende selber noch Eigentum oder Besitz an der Sache hat, welche bereits Gegenstand eines Geschäftes ist (Termingeschäfte). Für das Thema der KE spielt dieser Fall keine wesentliche Rolle, weil nur der imstande ist, einen Antrag zu stellen, der die Papiere genau kennt, was für die oben bezeichneten Personen ausserhalb ihrer Möglichkeiten steht. Im Grunde genommen steht ihnen jedoch das Antragsrecht zu.

c) *Der «bloss Legitimierte» und die Antragsberechtigung zur KE*:

Bei einem Namenpapier ist die Gefahr nicht gross, dass ein Unberechtigter vom Schuldner Leistung verlangt, denn es sind dazu Ausweise erforderlich, aus denen sich die Berechtigung ableiten lassen muss. Bei den Inhaberpapieren und den blanko indossierten Ordrepapieren hingegen braucht es zur Geltendmachung der Forderung nicht mehr als die Innehabung der Urkunde, damit eine Anerkennung als Berechtigter erfolgen kann.

Die Gefahren, welche sich bei Verlust eines solchen Papieres ergeben können, dürften bekannt sein. Was nun untersucht werden soll, ist die Frage, ob sich diese Gefahren auch bei der Antragstellung zur KE er-

⁷ Doerflinger S. 94 ff.

geben können, ob also ein «bloss Legitimierter» (Finder, Dieb), welcher die Wertpapiere wieder verliert, Antrag auf KE stellen kann.

Mit der Urkunde geht das Legitimationsmittel verloren, das Papier, auf welche sich die Vermutung der Berechtigung stützt. Der Rechtschein ist nicht mehr da, es muss anderweitig Besitz und Verlust des Papiers glaubhaft gemacht werden. Dies heisst nichts anderes, als dass die wahre Berechtigung hervorgekehrt werden muss, und gerade dies wird einem Dieb oder Finder sehr schwer fallen. Die Gefahr, dass ein bloss Legitimierter die KE beantragen könnte, scheint also recht gering zu sein⁸.

Nur in einem speziellen Falle ist es möglich, dass der blosse Papierbesitz (auch ohne dahinterstehendes Recht) zum Antrage genügt: bei der KE von Couponsbogen und Talons (Art. 981 Abs. 4) genügt zur Begründung des Antrages die Vorzeigung des Haupttitels (vgl. auch Art. 987).

Zusammenfassend kann zum Problem der Antragsberechtigung festgestellt werden:

Die Berechtigung zu einem Antrag auf KE ist nicht davon abhängig, ob Ansprüche aus dem Papier geltend gemacht werden können, sondern es ist nur ein Recht am Papier, Besitz oder anderes dingliches Recht an der Urkunde zur Zeit des Verlustes (in Ausnahmefällen auch nachträglicher Erwerb des Rechts) glaubhaft zu machen. (Art. 971 Abs. 2, 983, 1074 Abs. 2).

Ein bloss obligatorisches Recht auf die nun verloren gegangene Urkunde genügt nach Massgabe des Gesetzes nicht zu einem Antrag auf KE⁹. Ein Erwerb des Antragsrechts vom Berechtigten ist jedoch möglich.

Zu bemerken ist noch, dass der Antragsberechtigte nicht Besitzer und Verlierer in einer Person sein muss; diese Auffassung stünde auch im Widerspruch zu den Art. 919/20 ZGB, wonach für dieselbe Sache mehrere Besitzer vorhanden sein können¹⁰.

⁸ Vgl. Zimmerli S. 52/3.

⁹ Vgl. dazu Cudkowicz S. 115 ff. Er möchte den obligatorisch Berechtigten (auf die Urkunde) auch zum KE-Antrag berechtigt wissen, weil seine Interessen «schutzwürdig» seien. Dem muss jedoch entgegengehalten werden, dass der obligatorisch Berechtigte immer nur gemäss OR (Art. 97 ff.) die Erfüllung des Vertrages verlangen kann.

¹⁰ Vgl. dazu Staub-Stranz S. 693 N. 3: Er ist überhaupt dagegen, dass dem Besitzer das Antragsrecht zuerkannt wird (eine Begründung dieser Ansicht wird jedoch nicht gegeben). Quassowski Scheckrecht S. 306⁷ ist gleicher Ansicht wie diese Arbeit. Botsch 1928 S. 314 ebenfalls.

§ 9 Die Tatsache des Verlustes eines Wertpapiers als Voraussetzung zum Antrag auf KE

I. Der Begriff «Verlust» im Rahmen der KE

Obschon eine präzise Umschreibung dieses Begriffes für die KE nicht überflüssig wäre, hat es der Gesetzgeber unterlassen, darüber klare Bestimmungen zu erlassen. Ganz uneinheitlich äussert sich das Gesetz zum Verlust in folgenden Artikeln: Art. 971 Abs. 1 (wird ein Wertpapier vermisst), 981 Abs. 3 (Verlust), 985 (abhanden gekommenes Papier), 1072 Abs. 1 (abhanden gekommener Wechsel), 1075 (Verlust); Art. 870 ZGB (abhanden gekommenes Papier, oder ohne Tilgungsabsicht vernichtetes).

Es ist der Praxis vorbehalten geblieben, den Begriff des Verlustes klar abzugrenzen. Das Bundesgericht erklärt die Vorschriften des Art. 934 Abs. 1 ZGB als analog anwendbar: dieser Auffassung kann wohl nichts entgegengehalten werden. Somit kann ein Wertpapier kraftlos erklärt werden, wenn es seinem Besitzer gestohlen wird, verloren geht, oder sonst wider seinen Willen abhanden kommt¹. Wie ein Verlust in diesem Sinne wird auch die Vernichtung des Papieres ohne Tilgungsabsicht behandelt, obschon dies *expressis verbis* nur der Art. 870 ZGB statuiert. Da eine andere Möglichkeit als die KE für den von der Vernichtung betroffenen Besitzer wieder zu seinem Recht zu kommen nicht besteht, muss der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der KE-Bestimmungen des OR auch an diesen Fall gedacht haben. Die Praxis hat diese Ansicht auch bestätigt².

Schwieriger zu beurteilen sind die Fälle, wo der Inhaber die Urkunde mit Absicht, aber ohne Tilgungsabsicht, selber vernichtet hat, insbesondere letztere Absicht nachträglich bestreitet. Eine Entscheidung kann hier nur von Fall zu Fall geroffen werden. So wurden zum Beispiel wegen der Unmöglichkeit, Wertpapiere von einem Staat zum andern mitzunehmen oder zu transferieren, Urkunden mit der Absicht vernichtet, diese Verbote durch eine KE im andern Staate zu umgehen. Es bedeutete dies vielfach der einzige Ausweg aus einer wirtschaftlich uner-

¹ Beim KE-Antrag eines nur dinglich Berechtigten (vgl. § 7) müssen dieselben Verlustgründe auch vorliegen. Eine KE kann nicht beantragt werden, wenn ihm die Wertpapiere lediglich vorenthalten werden.

² BGE 66 II 39; Quassowski Wechselrecht S. 460; Jacobi S. 386; Zimmerli S. 45; Beeler S. 172; Rupp S. 17.

freulichen Situation. Schweizerische Gerichte nahmen auf Grund dieser Vorgänge beantragte KE an, unbekümmert dessen, ob diese Massnahmen auf Grund der Gesetze anderer Staaten erlaubt waren oder nicht ³.

II. Die Unbekanntheit des gegenwärtigen Inhabers als weitere Voraussetzung

Dem Verlierer des Wertpapiers muss der gegenwärtige Inhaber desselben unbekannt sein (Art. 983 und 1074 Abs. 1) ⁴. Ist (oder wird) der Inhaber bekannt, so darf nur eine Klage auf Herausgabe erfolgen (Art. 985, 1073, 1078) ⁵.

Diesem Grundsatz entsprechend ist es daher nicht möglich, Wertpapiere kraftlos erklären zu lassen, die einem Besitzer wider seinem Willen konfisziert worden sind auf Grund eines staatlichen Aktes (z. B. judenfeindliche Gesetzgebung in Deutschland), weil in diesem Falle der gegenwärtige Inhaber bekannt ist. Der KE-Antrag ist auch dann nicht möglich, wenn das ausländische Gesetz den schweizerischen Rechtsanschauungen nicht entspricht. Es müsste Klage auf Herausgabe gegen den fremden Staat geführt werden ⁶.

Folgerichtigerweise muss auch ein Antrag abgelehnt werden, der darauf beruht, dass die Wertpapiere durch einen bekannten Dieb gestohlen wurden, dieser aber unbekannten Aufenthaltes ist. Es bleibt nur Klage gegen den Dieb offen ^{7/8}.

Für schadenhafte oder zerrissene Urkunden ist eine KE erst dann gegeben, wenn das Originalstück nicht mehr individualisiert werden kann.

³ Ein Beleg zu diesen Ausführungen kann nicht gegeben werden.

⁴ Vgl. Jacobi S. 385 6; Beeler S. 172; SJZ Bd. 14 S. 362 (N. 110); SemJud 1929 S. 525.

⁵ Vgl. dazu Jacobi S. 385. — Der Antragsteller erscheint umgekehrt als letzter bekannter Inhaber, der seine Rechte öffentlich anmeldet und jedermann auffordert, ihm ein besseres Recht entgegenzuhalten.

⁶ Ausführlich in BGE 66 II 37 ff.

⁷ Vgl. auch noch BIZR Bd. 8 N. 49; dazu die Ausführungen zu Art. 871 ZGB in § 16 hinten.

⁸ Keinen Verlust in diesem Sinne des Art. 934 ZGB erleidet der betrogene Eigentümer eines Wertpapiers, wenn ein anderer die ihm von Eigentümer anvertrauten Sachen (Wertpapiere) veräussert (Art. 933 ZGB). Vgl. dazu Cudkowicz S. 111 2.

II. Kapitel

DAS VERFAHREN ZUR GERICHTLICHEN KRAFTLOSERKLÄRUNG VON WERTPAPIEREN

§ 10 Allgemeine Bemerkungen zum KE-verfahren

Das KE-verfahren ist weitgehend bundesrechtlich geregelt, indem das OR sehr viele Vorschriften verfahrensrechtlicher Natur enthält (Art. 981 ff. und 1072 ff.).

Wollte man das zur KE der Wertpapiere vorgesehene Verfahren im System des Prozessrechts einreihen, so müsste es der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit untergeordnet werden¹. Da bei den nichtstreitigen Rechtssachen die Eigentümlichkeit herrscht, dass sie auch von Verwaltungsinstanzen behandelt werden können, gewinnt die Vorschrift des OR, dass nur der Richter zur Behandlung der KE zuständig sei, erhöhte Bedeutung.

Die örtliche Zuständigkeit ist ebenfalls bundesrechtlich geregelt (Art. 981 Abs. 2 und 1072 Abs. 1). Die Tatsache, dass zwei verschiedene Verfahren (Art. 981 ff.; 1072 ff.) aufgestellt worden sind, bringt es mit sich, dass gewisse Unterschiede zwischen den KE-verfahren vorhanden sind. Ob sie zu vermeiden gewesen wären, und ob sie gerechtfertigt sind, wird sich im Laufe der nähern Betrachtung zeigen.

Bei der Darstellung des KE-verfahrens hält sich diese Arbeit an die zeitliche Reihenfolge der zu ergreifenden Massnahmen. Möglich wäre aber auch gewesen, zuerst die Glaubhaftmachung des Antrages und die Kostenfrage zur Sprache zu bringen, indem nämlich diese beiden Problem weitgehend die Durchführbarkeit eines KE-verfahrens bestimmen. Kann Besitz und Verlust nicht glaubhaft gemacht werden, weil die «Beweismittel» fehlen, oder sind die Kosten für den Antragsteller unerschwinglich, so wird von einem Verfahren abgesehen werden müssen. In gewissem Sinne sind also auch dies noch Voraussetzungen zum KE-verfahren.

Dem kantonalen Recht bleibt es vorbehalten, die sachliche Zuständigkeit näher zu regeln. Ebenso hat es über die Art des Verfahrens (schriftlich oder mündlich) zu befinden. Das Institut der Zahlungssperre wird

¹ Vgl. dazu Guldener S. 33 ff., Stachelin S. 1 ff.

zu besondern Bemerkungen Anlass geben (Art. 982 Abs. 1 und 1072). Trotzdem das Gesuch um Erlass einer Zahlungssperre zu den ersten Massnahmen der Verlierers gehören wird, erfolgt deren Behandlung erst später.

Im ganzen KE-verfahren, vom Antrag bis zur Aussprechung der KE, können drei Phasen beobachtet werden. Es sind dies:

1. Der Antrag, die Prüfung desselben;
2. Das Aufgebot der vermissten Urkunde;
3. Die Kraftloserklärung der vermissten Urkunde bei Nichtvorlegung derselben auf Grund des Aufgebotes.

Die folgende Besprechung des gesamten KE-verfahrens wird sich an diese Reihenfolge der Phasen anlehnen.

(An kantonalem Recht wird nur das Zürcherische voll berücksichtigt.)

§ 11 Der Antrag zur KE, dessen Glaubhaftmachung und die Prüfung des Antrages durch den Richter

I. Die Formulierung des Antrages

Die Formulierung des Antrages durch den Berechtigten unterliegt bundesrechtlich keinen besondern Vorschriften formaler Natur. Auch das kantonale Recht kennt im Prinzip keine solchen. Die Regel wird sein, dass der Antragsteller sein Gesuch um KE mit den notwendigen Unterlagen zusammen schriftlich beim zuständigen Richter einreicht. Eher als Ausnahme muss das mündliche zu Protokoll-Geben betrachtet werden (Zch. ZPO § 382).

Entscheidend ist somit nur der Inhalt des Antrages. Von der genauen Darstellung des Sachverhaltes wird eine speditive Erledigung des Verfahrens in grossem Masse abhängig sein. Entsprechend der Reihenfolge der bereits behandelten Voraussetzungen wird der Antrag auf KE folgende Punkte berücksichtigen müssen:

1. Ausführungen über den Charakter der abhandengekommenen Urkunde. Aus ihnen muss eindeutig hervorgehen, dass es sich bei der vermissten Urkunde um ein Wertpapier handelt, d. h. die *Kraftloserklärbarkeit* (gerichtliche) der Urkunde ist zu belegen.

2. Für das Verfahren ist es von besonderer Wichtigkeit, dass die Urkunde genau individualisiert werden kann, sei es durch Anagbe von

Nummer, Serie und Emissionsjahr usw., oder durch eine Abschrift der Urkunde (Art. 1074 Abs. 2).

Als Regel für die *Individualisierbarkeit* muss gelten: Das vermisste Papier ist soweit zu kennzeichnen, dass eine Verwechslung mit andern, ähnlichen Papieren ausgeschlossen ist¹.

Zur Individualisierung der Urkunde können auch Photokopien und Mikrofilme Verwendung finden².

3. *Glaubhaftmachung von Besitz und Verlust*: Es ist dies die Zusammenstellung von Unterlagen — der Ausdruck «Beweismittel» sollte keine Verwendung finden — über die vorher genannten Voraussetzungen zur KE.

4. Mit der Glaubhaftmachung des Besitzes ist natürlicherweise eine *ausführliche Angabe der Personalien des Antragstellers* verbunden. Vertretung ist gestattet; sie ist ebenfalls im Antrag zu belegen.

5. Mit dem Antrag (oder auch schon früher) kann das Begehren um *Zahlungssperre* gestellt werden (Art. 982 Abs. 1 und 1072 Abs. 1).

Nach dieser summarischen Darstellung des KE-Antrages wird es sich nun im Folgenden darum handeln, Punkt für Punkt des Antrages genau zu untersuchen und derart die Gestaltung desselben zu erfassen.

II. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit

Ueber die *örtliche Zuständigkeit* befinden sich im OR folgende Bestimmungen:

Art. 981 Abs. 2:

«Zuständig ist der Richter am Wohnsitze des Schuldners und bei Aktien der Richter am Sitze der Gesellschaft.»

Diese Vorschrift gilt für Inhaberpapiere, aber auch für die Namenspapiere auf Grund des Art. 977 Abs. 1 und 2 (Satz 1 und 2), ebenso für die Pfandtitel (Art. 870 ZGB).

In bezug auf die KE von Aktien ist zu erwähnen, dass dieselben auch dann am Sitz der Aktiengesellschaft (Art. 641/2) kraftlos erklärt werden müssen, wenn sie seinerzeit von einer Zwiegniederlassung der Aktiengesellschaft herausgegeben worden sind³.

¹ Vgl. BGE 40 II 35 und BIZR Bd. 13 N. 139 über die Ausstellung von Blanketten.

² SJZ Bd. 36 S. 224.

³ BGE 74 II 245.

Art. 1072 Abs. 1:

«Derjenige, dem ein Wechsel abhanden gekommen ist, kann beim Richter des Zahlungsortes verlangen, dass dem Bezogenen die Bezahlung des Wechsels verboten werde.»

Dies ist die einzige Gerichtsstandsbestimmung, welche im KE-verfahren des Wechselrechts zu finden ist. Man wird sich deshalb fragen, ob diese Bestimmung nur für das Zahlungsverbot gelte, oder auch auf das KE-verfahren an und für sich anzuwenden sei. Ersteres angenommen, würde ein Gerichtsstand für die KE des Wechsels fehlen; es steht aber nichts im Wege, den Richter des Zahlungsortes auch für die KE als zuständig zu betrachten.

(Vgl. die Art. 994 betr. Zahlstellen und Domizilwechsel und 1143 Ziff. 19 sowie 1145 ff.)

Meines Erachtens ist der Regelung der örtlichen Zuständigkeit durch das OR keine sehr grosse Bedeutung zuzumessen; seine Vorschriften können sogar recht komplizierend wirken in einem Falle, wo mehrere Wertpapiere verloren gegangen sind. Grund zu dieser Bemerkung gibt die Gesetzesvorschrift, wonach jedes Aufgebot im Handelsamtsblatt veröffentlicht werden muss (Art. 984 Abs. 1 und 1077 Abs. 1). Demgemäss gelangt es unbeachtet des Gerichtsstandes in die Hände eines eventuellen Drittinhabers der Urkunde. Damit ist aber der Hauptzweck des ganzen Aufgebotsverfahrens erreicht; den Gerichtsstandsbestimmungen des OR ist dementsprechend nur eine sekundäre Bedeutung belassen: Sie erleichtern dem Richter Rückfragen beim Schuldner über die Urkunde, und auch das Gesuch um Zahlungssperre wird am wirksamsten dort beantragt, wo die Zahlung erfolgen kann⁴.

Aus den eben angeführten Gründen können auch die Gerichtsstandsbestimmungen des OR nicht als zwingend betrachtet werden⁵; solange keine Verletzung öffentlicher Interessen zu befürchten ist, steht es den Parteien frei, einen speziellen Gerichtsstand für die KE zu vereinbaren⁶. Voraussetzung zur Gültigkeit einer Prorogation ist jedoch die Anmerkung des besondern Gerichtsstandes in der Urkunde. Ohne diese Aufnahme des Gerichtsstandsvertrages in die Urkunde muss niemand mit einer andern als der gesetzlich vorgesehenen KE und deren Gerichts-

⁴ Vgl. Sträuli zu § 379 Zch. ZPO lit. B.

⁵ Vgl. Burckhardt, Einführung S. 132.

⁶ Guldener S. 73 Ziff. 7; Sträuli zu § 16 Zch. ZPO; BGE 57 II 136.

stände rechnen (Art. 979, 1007, 1143 Ziff. 5). Für die Grundpfandtitel (Schuldbrief und Gült) wird von verschiedener Seite der Gerichtsstand der gelegenen Sache als gegeben betrachtet, obschon aus den Art. 870 ZGB und Art. 981 Abs. 2 OR eindeutig hervorgeht, dass auch für diese Papiere der Richter am Wohnort des Schuldners zuständig ist. Direkt vorgeschrieben wird dieser Gerichtsstand der gelegenen Sache in der Zch. ZPO § 416⁷.

Diese Bestimmung der Zch. ZPO widerspricht eindeutig dem Bundesrecht; aus diesem Grunde kann sie keine Wirkung erzeugen. Auch wenn der Gerichtsstand der gelegenen Sache als praktisch angesehen werden muss, kann nicht bestimmt werden, dass entgegen dem Gesetz ein anderer Gerichtsstand gelten soll^{7a}. Der Gerichtsstand der gelegenen Sache ist meines Erachtens nur dann begründet, wenn er auf dem Wege der Prorogation vertraglich festgelegt ist. Ihn schlechthin anzunehmen, ist unrichtig⁸.

Ueber die *sachliche Zuständigkeit* enthält das Gesetz nur eine Bestimmung für beide KE-verfahren: das Verfahren hat vor einem *Richter* stattzufinden.

Wenn die Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit nicht als zwingend betrachtet werden können, so muss dies hingegen gelten für die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit. Denn in dieser Hinsicht ist die Voraussetzung zur Schaffung einer zwingenden Norm gegeben: Das öffentliche Interesse verlangt, dass die KE den Interessen sämtlicher Parteien gerecht werde. Eine Wahrnehmung all dieser Interessen garantiert nur die Durchführung des Verfahrens vor einem Richter.

Um welchen Richter es sich dabei handeln soll, bleibt dem kantonalen Recht zu bestimmen überlassen. Für Zürich gilt diesbezüglich § 410 ZPO:

«Das Obergericht beschliesst auf Antrag der Bezirksgerichte (Ziff. 2) über die KE von Pfandtiteln (ZGB 864, 870, 871) und von Inhaberpapieren und Wechslern.»²

⁷ Wieland Komm. Sachenrecht zu Art. 870 N. 6; Leemann Komm. Sachenrecht zu Art. 870 N. 16; Sträuli § 416 Zch. ZPO; Zimmerli S. 16.

^{7a} Es ist möglich, dass infolge dieser bundesrechtswidrigen Zuständigkeitsbestimmungen Kompetenzkonflikte, namentlich negativer Natur, entstehen. Vgl. zu diesem Problem die Ausführungen über die Rechtsmittel im KE-Verfahren § 15 II.

⁸ Gleicher Ansicht Cudkowicz S. 159. Vgl. auch noch ZBGR Bd. 23 S. 224, 231, Bd. 27 S. 143, wo jedoch die andere Ansicht vertreten wird. Erst in neuester Zeit wird die hier vertretene Ansicht auch von einem Gericht anerkannt. Vgl. Urteil Obergericht Baselland vom 29. 12. 1951 in SJZ Bd. 47 S. 296.

Der Antrag ist somit beim Bezirksgerichte einzureichen, welches auch die erforderlichen Erhebungen durchführt, die Akten zusammenstellt, und eventuell auch das Zahlungsverbot erlässt. Vgl. dazu Zch. ZPO §§ 411, 423.

III. Die Glaubhaftmachung von Besitz und Verlust

Die *Glaubhaftmachung von Besitz und Verlust* wird in den Art. 981 Abs. 3 und 1074 Abs. 2 gefordert.

Bevor der Verlierer eines Wertpapiers daran denken kann, die KE der Urkunde bei einem Gerichte einzuleiten, muss er sich Klarheit darüber verschaffen, ob er imstande sein werde, dem Richter alle Voraussetzungen des Verfahrens, insbesondere *Besitz und Verlust, glaubhaft zu machen*. Auch bei der KE kann eine Art «Beweisnotstand» auftreten.

Eine Begebenheit ist erst dann als Tatsache bewiesen, wenn nicht nur eine Partei das in ihrem Interesse liegende dargebracht hat, sondern auch eine Partei mit entgegengesetzten Interessen oder neutrale Dritte sich zu der von der ersten Partei bekanntgegebenen Sachlage in gleichlautendem Sinne geäußert haben. Bei einem KE-antrag kann jedoch in den seltensten Fällen bewirkt werden, dass nur schon ein neutraler Dritter am Verfahren sich beteiligt, dieser zudem wohl kaum zu Fragen über Besitz und Verlust Stellung nehmen kann. Höchstens den Erwerb der Urkunde durch den Antragsteller kann er bezeugen. Von einer Gegenpartei des Antragstellers kann schon gar nicht die Rede sein, gilt doch als Voraussetzung zum Verfahren die Unbekanntheit des gegenwärtigen Inhabers.

Dem Antragsteller in dieser Situation die Pflicht zu einem Beweis aufzuerlegen ist nicht möglich. Er wäre in den meisten Fällen dazu nicht in der Lage, aber auch wenn er schliesslich einen Beweis durchzuführen imstande wäre, so würde diese Auflage den Antragsteller in vielen Fällen immer noch benachteiligen. Voraussetzung für eine erfolgreiche KE ist nämlich eine rasche Veröffentlichung des Aufgebotes der abhandengekommenen Urkunde (Art. 983 ff. und 1075 ff.), damit eine Weiterveräusserung gestohlener oder gefundener Papiere und damit eventueller gutgläubiger Erwerb (Art. 935 ZGB und 1006) verhindert werden kann. Würde man zum Antrag auf KE einen vollen Beweis über Besitz und Verlust verlangen, so wäre oft der Zweck der KE nicht mehr

erreichbar, weil die Zusammenstellung eines Beweises in der Regel viel Zeit beansprucht, daher ein rechtzeitiges Erscheinen des Aufgebotes unmöglich würde.

Die Glaubhaftmachung muss somit eine Form der Dokumentierung und Bestätigung von Behauptungen sein, an die nicht die Anforderungen des Beweises gestellt werden können. Sie kann wie folgt umschrieben werden:

«Glaubhaftmachung strebt nicht Wahrscheinlichkeit im Gegensatz zur Gewissheit, sondern nur eine geringere Wahrscheinlichkeit an, nämlich eine solche, bei welcher das zu überzeugende Gericht mit der Möglichkeit des Gegenteils noch rechnen muss und tatsächlich rechnet".»

«Die Glaubhaftmachung (...) besteht aber nicht nur in einer mehr oder minder glaubwürdigen Behauptung, sondern sie erfordert überdies objektive Anhaltspunkte, wenn diese auch nicht so bestimmt zu sein brauchen, wie es zur Annahme eines Beweises erforderlich wäre ¹⁰.»

Unter den glaubhaft zu machenden Voraussetzungen zur KE müssen besonders sorgfältig die Ausführungen über den Besitz (oder andere dingliche Berechtigung) geprüft werden. Von der Glaubhaftmachung des Verlustes kann hingegen nicht zu viel verlangt werden, wenn dem Antragsteller nichts bekannt ist als die Tatsache des Verlustes. Die Praxis ist in dieser Beziehung deshalb auch nicht allzu streng.

Näher auf die im Einzelnen möglichen Mittel zur Glaubhaftmachung des Antrages einzutreten würde im Rahmen dieser Arbeit zu weit führen; im Ermessen des Richters liegt es zudem, die vorgebrachten Darlegungen als glaubhaft anzusehen oder nicht.

Es wäre nicht statthaft, an die Glaubhaftmachung geringe Anforderungen zu stellen aus dem Grunde, weil nachher noch das Aufgebot der vermissten Urkunde erfolgt. Die Ueberlegung, dass dadurch Mängel in der Prüfung der Voraussetzungen wettgemacht würden, ist nicht richtig. Es ist bei weitem nicht gesagt, dass jedermann das Aufgebot liest, und gerade ein Betrüger (der KE beantragt, ohne die Urkunde besessen zu haben) wird sich diejenigen Personen vormerken, welche auf diese Art leicht geschädigt werden können, weil sie ein Aufgebot nicht zur Kenntnis zu nehmen vermögen (z. B. Abreise ins Ausland, Krankheit usw.) ¹¹.

⁹ Vgl. Jaeger Komm. SchKG zu Art. 82; Guldener S. 287 N. 24.

¹⁰ SJZ Bd. 20 S. 67; ZbJV Bd. 80 S. 418.

¹¹ Gleicher Ansicht Cudkowicz S. 114/5.

IV. Die Prüfung des KE-Antrages durch den Richter

Weitere Anhaltspunkte auch bezüglich der Glaubhaftmachung ergibt eine Betrachtung über die Art der Prüfung des KE-Antrages durch den Richter. Ueber welche Gebiete in sachlicher Hinsicht die Prüfung des Antrages sich erstrecken soll, bestimmt das OR, indem es zur KE Voraussetzungen nennt, deren Vorhandensein dem Richter zu prüfen obliegt. Wie in prozessrechtlichem Sinne die Prüfung des Antrages zu erfolgen hat, ist vom OR dem kantonalen Recht zur Regelung überlassen worden.

Wenn wir danach fragen, wie der Richter den Antrag zu prüfen habe, so stellen wir damit die Frage, wie der Richter vorgehen müsse, um zur Ueberzeugung von der Glaubwürdigkeit des Antrages zu kommen. Dazu kann man sich verschiedene Wege vorstellen; es stehen aber nur deren zwei ernsthaft zur Diskussion:

1. Der Richter entscheidet über die Annahme des Antrages nur auf Grund der ihm vom Antragsteller überreichten Belege. Er selber stellt keine Erhebungen an, welche über die Prüfung der dargebotenen «Beweismittel» hinausgehen, entsprechend den Grundsätzen der *Verhandlungsmaxime*¹².

2. Der Richter überprüft die Sachlage auf Grund der Belege des Antragstellers und mittels eigener Nachforschungen (*Offizialmaxime*)¹³.

Wie bereits bemerkt, stellt das OR selber nicht fest, nach welchem Gesichtspunkt der Richter zu verfahren habe. Ein kleiner Hinweis findet sich lediglich im Art. 986 Abs. 1, ein Hinweis, welcher aber immer noch beide Möglichkeiten offen lässt, jedoch die zweite eher als annehmbar zu betrachten scheint.

Aus folgenden Ueberlegungen muss aber der zweiten Verfahrensart der Vorzug gegeben werden:

Auf Grund der Art. 983 und 1074 Abs. 2 kann als bestimmt gelten, dass der Antragsteller selber seinen Antrag zu formulieren habe. Der Richter muss also sicher nicht von sich aus die Unterlagen zu einer KE beschaffen, wenn ihm ein Verlust mit KE-begehren angemeldet wird¹⁴.

Man versetze sich nun in die Situation des Richters, der diesen einseitigen (nur von einer Partei zusammengestellten) Antrag entgegennimmt. Es wird sich für ihn als schwierig erweisen, von der Richtigkeit desselben überzeugt zu werden, wenn sich unter den Akten keine be-

¹² Guldener S. 111 ff.

¹³ Guldener S. 118 ff.

¹⁴ SJZ Bd. 44 S. 245.

glaubigten Bescheinigungen befinden, oder der Antragsteller selber nicht über jeden Zweifel erhaben ist. Mit falschen Angaben muss gerechnet werden. Die Heilung unrichtiger Angaben durch das Aufgebot anzunehmen, ist nicht erlaubt.

Ist es allein dem Antragsteller überbunden, den Richter zu überzeugen, so werden oben angeführte Gründe dazu führen, dass der gerissene Fälscher den Antrag bewilligt erhält, wogegen der ehrliche Antragsteller unter Umständen unter seinem Mangel an Belegen zu leiden hat.

Auferlegt man nun dem Richter die Pflicht, sich *selber* von der Glaubwürdigkeit des Antrages zu überzeugen, so kehrt sich die Lage ins Gegenteil. Es erscheint als grosses Risiko, mit unrichtigen Angaben vor den Richter zu treten; auf der andern Seite kann sich der Richter für den ehrlichen Antragsteller einsetzen, indem er durch eigene Erhebungen ein umfassenderes Bild über die Sachlage erhalten kann¹⁵.

Trotz allem kann die Anwendung dieser Methode (Offizialmaxime) nicht eine sehr viel grössere Garantie bieten als die andere (Verhandlungsmaxime), denn auch so wird sich der Richter zur Ermittlung der Tatsachen an den Personenkreis halten müssen, welcher auch dem Antragsteller bekannt ist. Eine Täuschung des Richters wird die Anwendung der Offizialmaxime also nicht schlechthin ausschliessen können; zu einer korrekten Behandlung der KE-fälle wird sie aber bestimmt führen. Es ist daher meines Erachtens richtig, auch den § 411 Zch. ZPO im Sinne der Anwendung der Offizialmaxime auszulegen¹⁶. Zusammenfassend kann somit über die Prüfung des Antrages in formeller Hinsicht festgestellt werden:

Der Richter darf einen KE-antrag nur dann annehmen, wenn er sich von der Glaubwürdigkeit der Angaben des Antragstellers selber noch überzeugt hat^{17, 18}.

¹⁵ Dies bedeutet nicht, dass der Richter für den Antragsteller Mittel zur Glaubhaftmachung suchen müsse.

¹⁶ Besonders wichtig § 418 Zch. ZPO.

¹⁷ Vgl. dazu österreichische Kaiserliche VO über die Kraftloserklärung von Urkunden vom 31. August 1915.

§ 4. Erachtet das Gericht nach sorgfältiger Prüfung der über Erwerb, Besitz und Verlust der Urkunde vorgebrachten Angaben und Beweise die Bescheinigung für erbracht und den Antrag für zulässig, so hat es den Verpflichteten und nach Erfordernis auch andere Beteiligte zu befragen, ob eine Urkunde unter angegebenen Merkmalen besteht, sowie ob und welche Hindernisse der Einleitung des Aufgebotsverfahrens entgegenstehen. Der Verpflichtete kann die Organe bezeichnen, die zur Beantwortung der Anfragen und zur Abgabe von Erklärungen berufen sind.

¹⁸ Vgl. Beeler S. 175, wenngleich bei ihm nicht eindeutig zum Ausdruck kommt, dass der Richter immer zur eigenen Prüfung des Antrages verpflichtet sei.

Im einzelnen erstreckt sich die Prüfung des KE-antrages über sämtliche Voraussetzungen zur KE, inklusive derjenigen verfahrensrechtlicher Natur, wie Zuständigkeit und Glaubhaftmachung. Hier auf diese Voraussetzungen nochmals einzutreten erübrigt sich.

V. Die Bedeutung der Annahme des Antrages

Auf Grund des bei der Prüfung des Antrages ermittelten Resultates entscheidet der Richter je nachdem auf Annahme oder Ablehnung des Antrages. Die Prüfung selber kann sich über eine gewisse Zeitspanne ausdehnen, oft kommt es vor, dass die Prüfung infolge Mangel oder Unerhältlichkeit (vorläufige) von «Beweismitteln» lange Zeit ruht. Es kann also keine bestimmte Frist angegeben werden, innerhalb welcher ein KE-antrag erledigt werden muss.

Durch die *Annahme des Antrages* bekundet der Richter, dass ihm der Antrag glaubhaft erscheine. Die *Bedeutung dieser Annahme* ist in erster Linie die, dass nach ihr der Richter sofort das oder die Aufgebote zu veranlassen hat (Art. 983 und 1075).

Strittig ist hingegen die Bedeutung der Annahme des Antrages in anderer Hinsicht; obschon in beiden durch das Gesetz aufgestellten KE-verfahren (Art. 981 ff. und 1072 ff.) mit Bezug auf die Prüfung des KE-antrages nur die Glaubhaftmachung von Besitz und Verlust verlangt wird, erheben sich Zweifel darüber, ob die Strenge der Prüfung für beide Verfahren dieselbe sein werde. Dies aus folgendem Grunde: Der Art. 986 Abs. 1 bestimmt:

«Wird das abhandengekommene Inhaberpapier innert der angesetzten Frist nicht vorgelegt, so kann der Richter die Urkunde kraftlos erklären *oder je nach den Umständen weitere Anordnungen treffen.*»

Art. 1079 Abs. 1 dagegen lautet:

«Wird der abhandengekommene Wechsel innert der angesetzten Frist nicht vorgelegt, *so hat der Richter ihn kraftlos zu erklären* ¹⁹.»

Einmal scheint es also, der Richter sei an die seinerzeitige Annahme des Antrages gebunden (Art. 1079 Abs. 1), das andere Mal hingegen nicht, weil der Art. 986 Abs. 1 es erlaubt, auch ohne die Geltendmachung von Rechten seitens Dritter auf den Antrag zurückzukommen.

¹⁹ Vgl. Art. 798 aOR: «Wenn innerhalb der bestimmten Frist der Wechsel dem Gerichte nicht vorgelegt worden ist, so wird derselbe kraftlos erklärt.

Zuerst soll einmal untersucht werden, ob eine derart verschiedene Behandlung der Papiere (und damit des Antrages) gerechtfertigt ist. In beiden Verfahren muss Besitz und Verlust der Urkunde glaubhaft gemacht werden. Auch die Art des Aufgebotes ist dieselbe (Art. 984 und 1077), lediglich die Fristen können verschieden lang angesetzt sein. Eine Berechtigung zu unterschiedlicher Prüfung der Anträge ist nirgends statuiert. Da auch die Verschiedenheit der Urkunden unter sich keinen Anlass bietet zu der ungleichen Regelung der Art. 986 Abs. 1 und 1079 Abs. 1 muss diese als ungerechtfertigt bezeichnet werden.

Ist dies festgestellt, so bleibt nun zu untersuchen, welcher der beiden vorgesehenen Lösungen man den Vorzug geben will. Die im Wechselrecht (Art. 1079 Abs. 1) angeordnete Art des Verfahrens erscheint als klarer, denn sie zwingt im Gegensatz zur andern Regelung (Art. 986 Abs. 1) zu genauer Prüfung des Antrages von Anfang an, weil der Richter nach Ablauf der Aufgebotsfrist nicht mehr auf denselben zurückkommen darf, weil er die *Urkunde dann kraftlos zu erklären hat*. Diese Lösung gestattet zudem dem Antragsteller, nach Annahme seines Gesuches mit einer mehr oder weniger bestimmten Frist zu rechnen, eine Garantie, welche ihm auf Grund des Art. 986 Abs. 1 nicht gegeben ist.

Die für die Inhaberpapiere getroffene Lösung lässt einen weitem Spielraum offen. Die Folge davon kann aber sein, dass an die Glaubhaftmachung geringere Anforderungen gestellt werden, das Aufgebot voreilig erlassen wird, weil ja immer noch die Möglichkeit zu weitem Anordnungen besteht, wenn sich die Zweifel über die Berechtigung des Antragstellers nicht legen wollen. In dem Momente aber, wo der Richter das Verfahren zur KE auf Grund des Art. 986 Abs. 1 aufhält, sind bereits erhebliche Kosten entstanden. Eine Rückweisung des Antrages zu diesem Zeitpunkt ist für den Antragsteller daher recht unerfreulich ^{20/21}.

Soll die im Wechselrecht vorgesehene Lösung bevorzugt werden, so muss nun noch untersucht werden, ob diese Lösung die eventuell vorhandenen Drittinteressen nicht gefährdet. Diese Frage kann beantwortet werden durch eine Untersuchung darüber, ob die bei den Inhaberpapieren getroffene Regelung einen derartigen Schutz eher zu gewähren vermöge. Meines Erachtens ist dies nicht der Fall, denn wenn man sich fragt, was durch die Anordnung von weitem Massnahmen im Sinne des Art. 986 Abs. 1 zum Schutze von Drittinteressen noch getan werden

²⁰ Vgl. BGE 46 II 144.

²¹ Staub-Stranz S. 699.

kann, so muss man sagen, dass praktisch nur der Erlass eines nochmaligen Aufgebotes in Frage kommt, weil dies die einzige Massnahme ist, welche publik gemacht werden kann. Im übrigen ist dies aber eine Massnahme, die schon zur Zeit der Prüfung des Antrages genau erwogen werden muss (auch die Ansetzung der Fristen), und nicht erst dann, wenn das Aufgebot in den amtlich vorgeschriebenen Blättern keine Anmeldung zur Folge gehabt hat.

Von diesem Standpunkte aus betrachtet (Schutz der Drittinteressen) bringt also der Art. 986 Abs. 1 auch keine (zumindest keine wesentlichen) Vorteile gegenüber dem Art. 1079 Abs. 1, so dass die Regelung im Wechselrecht als die bessere anerkannt werden muss.

Wenn diese Lösung bevorzugt wird, so schliesst dies aber nicht aus, dass der Richter die KE auch nach Annahme des Antrages noch verweigern kann, wenn ihm nachträglich Umstände bekannt werden, welche die Glaubwürdigkeit des Antrages zunichte machen. Es wird nur gesagt, *dass der Richter nach Annahme des Antrages von sich aus keine Untersuchungen mehr anstellen müssen soll, weil ihm diese Pflicht bereits im Prüfungsstadium obgelegen hat*²².

Nach Ablauf der Aufgebotsfrist hat der Richter die KE auszusprechen, er kann dann nicht mehr auf die seinerzeit erfolgte Annahme des Gesuches zurückkommen.

§ 12 Das Zahlungsverbot

I. Zweck und Art des Zahlungsverbotes

Das Zahlungsverbot (Art. 982 Abs. 1 und 1072/4) ist nicht ein Institut, welches speziell auf die KE zugeschnitten ist und nur in ihrem Rahmen zur Anwendung gelangt. Eine Zahlungssperre kann sich vielmehr in ganz verschiedenen Situationen als angebracht und nützlich erweisen. Es ist deshalb nicht ganz richtig, wenn das Wertpapierrecht das Zahlungsverbot im Zusammenhang und unter dem Titel der KE behandelt, wenn auch zugegeben werden muss, dass praktisch ein Zusammenhang besteht, indem beide Institute oft zusammen zur Anwendung kommen; diese Verwicklung der beiden Institute miteinander bringt jedoch gewisse Unklarheiten mit sich.

²² Vgl. hinten § 13 II über die Berechtigung zur Anmeldung von Rechten auf ein Aufgebot hin.

Auf die KE bezogen ist der *Zweck des Zahlungsverbotes* der, die Aussichten auf eine erfolgreiche KE in der Hinsicht zu wahren, dass eine direkte Verwertung der (vermissten) Urkunde beim Schuldner verhindert wird, wenn die Fälligkeit der in der Urkunde verbrieften Forderung mit einem KE-verfahren (oder auch einer Klage auf Herausgabe) zusammenfällt oder zusammenzufallen droht.

Eine anderweitige (indirekte) Verwertung der Urkunde (freihändiger Verkauf) kann das Zahlungsverbot nicht verunmöglichen, weil es nicht öffentlich bekannt gemacht wird¹. Zu erreichen ist der Zweck des Zahlungsverbotes nur dann, wenn der Schuldner im Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung das Zahlungsverbot kennt, d. h. ist die Urkunde bereits zur Zeit des Verlustes mit einer fälligen Forderung behaftet, kann nur ein sofortiges Zahlungsverbot die notwendige Hilfe bieten. Es erscheint auch als offensichtlich, dass bei allen Arten von Wertpapieren diese kritische Lage eintreten kann, obschon bei Papieren mit längerer Laufzeit dieser Fall weniger häufig vorkommen wird.

Prozessrechtlich stellt das Zahlungsverbot eine *vorsorgliche Massnahme* dar (Marginale zu Art. 1072). Da es rasch ausgesprochen werden muss, kann vom Gesuchsteller nicht verlangt werden, dass er sein Gesuch ausführlich begründe im Sinne eines vollen Beweises, sondern es ist darin ein geringerer Masstab anzuwenden, eine Art Glaubhaftmachung, die aber sehr wohl noch unter dem für die KE geforderten Stande sein darf. Hierin eine gewisse Freiheit zu gestatten ist möglich, weil für die nachfolgenden Handlungen der Parteien oder des Gerichts das Zahlungsverbot nicht als Präjudiz gelten wird. Das Zahlungsverbot hat nur provisorischen Charakter^{2/3}. Aus diesen Gründen ist aber der Gesuchsteller für jeden entstehenden Schaden verantwortlich, welcher ihm auf Grund des erlassenen Zahlungsverbotes zur Last gelegt werden kann⁴. Es ist noch zu erwähnen, dass das OR selber nichts darüber aussagt, was es als zur Begründung eines Zahlungsverbotes für notwendig erachtet.

Neben den im OR geregelten Fällen (Art. 982 Abs. 1 und 1072) sind auch in den verschiedenen ZPO Bestimmungen vorhanden, welche den Erlass eines Zahlungsverbotes ermöglichen. In der Zürcher ZPO sind die Bestimmungen über das Zahlungsverbot anzutreffen in den §§ 277 ff., wobei der § 287 Ziff. 21 die sachliche Zuständigkeit für den Erlass eines

¹ Vgl. Cudkowicz S. 111.

² Guldener S. 332 ff.

³ Betr. Glaubhaftmachung vgl. Sträuli zu § 292 N. 4 Zch. ZPO.

⁴ Guldener S. 327.

Zahlungsverbot auf Grund des Art. 1072 behandelt (Einzelrichter im summarischen Verfahren), und der § 292 ff. über das Zahlungsverbot im Befehlsverfahren bestimmt (§ 292 Ziff. 2). Es ist besonders wichtig (speziell in bezug auf Art. 982 Abs. 1), dass auf Grund letzterer Vorschrift ein Zahlungsverbot in jedem Fall erwirkt werden kann.

II. Die gesetzliche Regelung des Zahlungsverbot

Diese einzigartige Problemstellung würde es erlauben, für das Institut des Zahlungsverbot im OR ein einziges Verfahren für sämtliche Wertpapiere durchführen zu lassen; dies wenigstens im Prinzip.

Das OR aber regelt das Zahlungsverbot an zwei Orten, in den Art. 982 Abs. 1 und 1072/3. Eine Betrachtung der beiden Regelungen wird erkennen lassen, wie gross die Gefahr dieser ungerechtfertigten Zweispurigkeit und die Unterstellung des Zahlungsverbot unter die Normen der KE ist.

Die im *Wechselrecht* gegebene Lösung entspricht den oben aufgestellten Grundsätzen, aber auch bei ihr wirkt sich die Einreihung ins KE-recht ungünstig aus.

Der Art. 1072 legt die Grundlagen zum Erlass eines Zahlungsverbot fest; der Art. 1073 bestimmt das Vorgehen für den Fall, dass anschliessend an das Zahlungsverbot eine Klage auf Herausgabe erfolgen soll, wobei in Abs. 2 zu Art. 1073 der Charakter des Zahlungsverbot als vorsorgliche Massnahme richtig zum Ausdruck kommt.

In Art. 1074 heisst es, dass wenn der Inhaber des Wechsels unbekannt sei, die KE verlangt werden könne. Von einer Fristansetzung wie bei der Klage auf Herausgabe ist nichts zu lesen. Diese Fristansetzung ist auch nicht notwendig für den Antrag auf KE, denn es verhält sich hier doch anders als in einem Falle, wo der Inhaber bekannt ist, und für *beide Parteien* die Abklärung der Rechtslage innerhalb einer kürzern Frist von Bedeutung ist. Ist der Inhaber unbekannt, so liegt es lediglich im Interesse des Verlierers, so rasch als möglich den KE-antrag zu stellen, denn die Urkunde kann weiter zirkulieren, und das Aufgebot muss früher oder später veröffentlicht werden. Für den Schuldner kann aus dieser Lage (Unterlassung einer Fristansetzung) ebenfalls kein Schaden resultieren (Art. 1072 Abs. 2 betr. Hinterlegung des Forderungsbetrages). Trotzdem erscheint es als gegeben, eine Zahlungssperre auch im KE-verfahren nicht zu lange dauern zu lassen, sondern diese ebenfalls in angemessener Weise zu beschränken (vgl. dazu § 297 Zch. ZPO).

Das Verfahren des Wechselrechts in bezug auf das Zahlungsverbot wäre soweit klar; noch besser wäre es aber, dem Zahlungsverbot ein eigenes Kapitel zuzuweisen. Als Vorschlag folgende Zusammenstellung:

Im OR, nach Art. 1071:

XIII. Zahlungsverbot. Darunter die Art. 1072, 1073 und 1074 Abs. 1 (zusammen Art. 1073 neu).

XIV. Kraftloserklärung. Angefangen mit Art. 1074, dessen Abs. 1 nun aber folgenden Wortlaut haben müsste:

«Derjenige, dem ein Wechsel abhanden gekommen ist, kann beim Richter des Zahlungsortes die KE des Wechsels verlangen, sofern ihm der gegenwärtige Inhaber desselben unbekannt ist.»

Abs. 2 zu Art. 1074 wie bisher.

Diese Ordnung hätte bestimmt eine grössere Klarheit für sich, zudem wäre die örtliche Zuständigkeit für die KE des Wechsels genau an Ort und Stelle umschrieben.

Kritischer wird die Situation beim Zahlungsverbot gemäss Art. 982 Abs. 1, der für die *Inhaberpapiere* geltenden Regelung.

Weil dieser Artikel das Zahlungsverbot innerhalb der Bestimmungen über die KE regelt, besteht die Gefahr, dass entgegen den grundsätzlichen Erwägungen, welche einen sofortigen Erlass des Zahlungsverbotess fordern, und dieses auch nicht unbedingt mit einer KE verbinden, das Gesuch um ein Zahlungsverbot nur dann gestattet wird, wenn es zusammen mit dem KE-antrag eingereicht und begründet wird⁵

Diese Ansicht wird unterstützt durch die Reihenfolge der Gesetzesartikel und die Terminologie des Gesetzes. Vergleicht man den Art. 981 Abs. 3:

«Der *Gesuchsteller* hat den Besitz und Verlust der Urkunde glaubhaft zu machen.»

mit Art. 982 Abs. 1:

«Dem aus dem Wertpapier Verpflichteten kann auf Verlangen des *Gesuchstellers* die Einlösung unter Hinweis auf die Gefahr doppelter Zahlung verboten werden.»

so mutet eine Anwendung des Zahlungsverbotess entgegen den grundsätzlichen Erwägungen nicht erstaunlich an; bei *rein wörtlicher Auslegung* kann man in guten Treuen zu dieser Ansicht gelangen.

⁵ Zimmerli S. 18/9; Beeler S. 176; SJZ Bd. 13 S. 39.

Die Unhaltbarkeit dieser Auffassung aus grundsätzlichen Erwägungen ist jedoch erkennbar. Doch ist es schwierig, die «wörtliche Auslegung» zu widerlegen nur auf Grund des Gesetzes. Zu diesem Zwecke steht lediglich eine einzige andere Gesetzesstelle zur Verfügung.

Legt man die Art. 981 Abs. 3 und 982 Abs. 1 beide zusammen wörtlich aus, so liesse sich aus der zweimaligen Verwendung des Ausdruckes «Gesuchsteller» unter derselben Ueberschrift (Marginale zu Art. 981 Lit. C) ableiten, dass damit ein und die selbe Person gemeint, demzufolge das Zahlungsverbot nur im Verein mit einer KE zulässig sei.

An Hand der im Wechselrecht (Art. 1072 ff.) üblichen Ausdrücke des Gesetzes lässt sich aber nachweisen, dass dort dieses Wort («Gesuchsteller») innerhalb des Kapitels über die KE zweierlei Verwendung findet, eine Tatsache, die schliesslich auch für die Inhaberpapiere Geltung haben könnte. «Gesuchsteller» kann im Wechselrecht der sein, welcher eine KE beantragt (Art. 1075), aber auch der, welcher ein Zahlungsverbot begehrt (Art. 1073). In grösserem Rahmen betrachtet ist also der Sprachgebrauch des Gesetzes kein einheitlicher, so dass nicht mit aller Bestimmtheit angenommen werden darf, es handle sich in Art. 982 Abs. 1 um dieselbe Person wie in Art. 981 Abs. 3. Dieser Umstand ermöglicht es immerhin, die wörtliche Auslegung der beiden fraglichen Artikel in Zweifel zu ziehen.

Ein weiterer Grund, der zur Ablehnung der «wörtlichen Auslegung» zwingt ist der, dass diese enge Interpretation den Artikel 982 Abs. 1 geradezu überflüssig macht, wenn der Gesuchsteller sich für das Zahlungsverbot auf das kantonale Recht verlegt, so z. B. auf § 292 Ziff. 2 ff. Zch. ZPO⁶. Hier kantonales Recht anzuwenden widerspricht dem Bundesrecht nicht. Zudem ist derjenige, dem ein Wertpapier abhanden kommt, verpflichtet, vor der Einleitung eines KE-verfahrens selber gewisse Nachforschungen nach der Urkunde anzustellen, was bedeutet, dass unter Umständen auch noch eine Klage auf Herausgabe in Frage kommen kann⁷.

Auf Grund dieser Sachlage allein wäre ein Zahlungsverbot basierend auf kantonalem Recht möglich, ohne dem Bundesrecht (Art. 982 Abs. 1) zu widersprechen, gleichgültig, ob dann nachher doch der Antrag auf KE gestellt wird oder nicht.

Ausserdem — wird ein Wertpapier gestohlen, so kann der Bestohlene

⁶ BIZR Bd. 16 N. 149.

⁷ SJZ Bd. 44 S. 245.

ein Zahlungsverbot sofort erwirken dadurch, dass er die Polizei avisiert, welche, falls nötig, dasselbe verhängen wird. Mit dieser Möglichkeit rechnet sogar der Art. 978 Abs. 2, was beweist, dass ein Zahlungsverbot nicht nur im Zusammenhang mit einer KE und Art. 982 Abs. 1 möglich ist⁸.

III. Die Wirkungen des Zahlungsverbotes für den Schuldner

Das Zahlungsverbot bezweckt die Verhinderung der Zahlung. Für den Schuldner ist dies gleichbedeutend mit der Pflicht, jede Zahlung zu verweigern. Dem Wortlaute des Gesetzes entsprechend ist dies die einzige Pflicht des Schuldners. Dem Sinn des Zahlungsverbotes namentlich mit Bezug auf die KE vermag diese einzige Pflicht des Schuldners jedoch nicht zu genügen. Er sollte auch verpflichtet werden, die Urkunde anzuhalten und an sich zu nehmen, wenn sie ihm vorgewiesen wird. Nur das vermag dem Zahlungsverbot die gewünschte Wirkung zu verleihen. Solange das Gesetz eine derartige Pflicht nicht normiert, ist es daher notwendig, diese in jedem einzelnen Zahlungsverbot dem Schuldner aufzuerlegen⁹.

Hat ein Schuldner mehrere Zahlstellen¹⁰, so ist es fraglich, ob an jede dieser Zahlstellen ein Zahlungsverbot erlassen werden muss. Hierüber entscheidend ist die Natur der Urkunde, aber auch die Organisation des schuldnerischen Betriebes¹¹.

§ 13 Das Aufgebot und die Berechtigung zur Anmeldung von Rechten gegenüber dem aufbietenden Antragsteller

I. Das Aufgebot im allgemeinen

Das Aufgebot (Art. 983/4 und 1075/7) im Rahmen des KE-verfahrens bringt den einseitigen Antrag des Gesuchstellers an die Öffentlichkeit; es ist dies der einzig mögliche Weg, einen eventuellen Drittinhaber

⁸ Gleicher Ansicht Jacobi S. 393.

⁹ Vgl. Rupp S. 38/9.

¹⁰ Vgl. Quassowski Checkrecht S. 308. Benachrichtigung aller Regressverpflichteten beim Check.

¹¹ Zu beachten ist noch, dass der Erlass eines Zahlungsverbotes die Verjährung (Art. 135) unterbricht (Jacobi S. 393), denn ein Nichtwidersprechen gegen das Zahlungsverbot kann als Anerkennung der Schuld gewertet werden. Gleicher Ansicht Beeler S. 176 (vgl. BGB § 802).

Das KE-Verfahren allein hemmt jedoch die Verjährung nicht, auch wird sie dadurch nicht unterbrochen.

der Urkunde zu finden, d. h., ihm die Lage seiner Rechtsverhältnisse kundzutun.

Man muss sich nun aber darüber im Klaren sein, dass die Aufgebote niemals von jedermann gelesen werden. Das Handelsamtsblatt, in welchem sämtliche Aufgebote veröffentlicht werden müssen (Art. 984 Abs. 1 und 1077 Abs. 1), hat eine Auflage von nur 13 000 Stück; obschon der Leserkreis ein Mehrfaches dieser Zahl ausmacht, und besonders die Banken auch für ihre Kundschaft Aufgebote beachten, genügt diese Publizität nicht zur Erfassung sämtlicher Rechtsgenossen. Auch die Möglichkeit zu anderweitiger Veröffentlichung des Aufgebotes (Art. 984 Abs. 2 und 1077 Abs. 2) ändert nicht viel an der Tatsache, dass nur ein relativ kleiner Teil der Bevölkerung mit den Aufgeboten bekannt wird¹.

Diese Tatsache bildet auch den wichtigsten Grund, der gegen eine KE überhaupt spricht. Mit der Einführung der KE ins Gesetz wird daher von vornherein die Möglichkeit gewisser Ungerechtigkeiten in Kauf genommen. Trotz alledem darf man sich aber nicht vorstellen, das Gesetz unterstütze damit Misstände, denn der Kreis der Wertpapierbesitzer macht nicht den grössten Teil der Bevölkerung aus, und zudem sind Betrüge im Rahmen der KE nicht gut möglich, so dass hierin keine wesentliche Gefahr für die Wertpapierbesitzer zu befürchten ist; zudem haben alle Wertpapierbesitzer dieselben Möglichkeiten, sich vor Verlusten zu schützen.

Aus diesen Gründen ginge es denn auch nicht an, das Aufgebot als Mittel zum Beweise der Richtigkeit des Antrages zu bezeichnen. Bei Nichtanmeldung von Rechten im Verlaufe oder auch nach Ablauf der Vorlegungsfrist ist nur der glaubhaft gemachte Antrag des Verlierers unwidersprochen geblieben, und es ist dieser Tatbestand, an den die KE anzuknüpfen hat.

II. Der Erlass des Aufgebotes im KE-verfahren

Ausgangspunkt für das Aufgebot des vermissten Wertpapiers bildet die Anerkennung des KE-antrages durch den Richter. Liegt diese Anerkennung vor, so hat das Gericht von sich aus die nötigen Schritte zu unternehmen, um das Aufgebot in der Presse erscheinen zu lassen; es

¹ Eine Pflicht, die Aufgebote zu kennen, besteht nur für «Bankiers» (vgl. Art. 1135); diese Pflicht erstreckt sich zudem nur auf Aufgebote, welche offiziell im Lande ihres Wohnsitzes veröffentlicht worden sind. — BGE 25 II 847; SJZ Bd. 39 S. 376.

bedarf zu dieser Massnahme keines neuerlichen Antrages (Art. 983 und 1075).

Das Aufgebot führt die glaubhaft gemachte Behauptung des Verlierers, letzter bekannter und rechtmässiger Inhaber der Urkunde gewesen zu sein, vor die Öffentlichkeit. Mit dem Aufgebot muss die Androhung des bei Nichtvorlegung zu erwartenden Rechtsnachteiles, der KE, verbunden sein. Die Androhung dieses Rechtsnachteiles ist klar und deutlich zu formulieren².

In bezug auf den weiteren Inhalt des Aufgebotes kann im wesentlichen auf die Ausführungen über den Antrag verwiesen werden, doch ist zu sagen, dass in die Zeitungen nur noch die genaue Bezeichnung der Urkunde aufgenommen wird. Der Name des Antragstellers bleibt unerwähnt, ebenso wird kein Verlustort bekanntgegeben.

Zum Aufgebot gehört auch die Bezeichnung einer Vorlegungsfrist (Art. 983 und 1076), und einer Stelle, wo das Papier vorgelegt werden kann.

Bezüglich der Fristen stellt das Gesetz klare Regeln auf, so dass sich hierüber weitere Ausführungen erübrigen; es sei auf die Art. 983 und 1076 verwiesen.

Grund zu besondern Bemerkungen dürfte aber auch hier der Art. 977 Abs. 2 geben. Er bestimmt nämlich, dass der Schuldner in der Urkunde vorsehen könne, die Zahl der öffentlichen Bekanntmachungen oder die Aufgebotsfristen herabzusetzen. Was hier interessiert ist die Frage, ob der Richter auch dann noch, wenn die Vorlegungsfrist in der Urkunde festgesetzt ist, das Recht habe, dieselbe nach Gutdünken zu verlängern, wie dies der Art. 983 im Normalfall vorsieht.

Diese Frage ruft einigen grundsätzlichen Betrachtungen zu diesem Problem. Eine Verlängerung der Fristen, wo immer sie ausgesprochen werden soll, hat den Zweck, die Möglichkeit zur Anmeldung von Rechten zu vergrössern. Man muss sich aber überlegen, dass alle diejenigen, die sich auf Grund ihres Berufes (Banken) oder ihrer eigenen Interessen über die Aufgebote laufend informieren, schon das erste, dann aber ganz sicher das zweite Aufgebot beachten werden. Für diesen Personenkreis hat meines Erachtens eine Verlängerung der Fristen keinen sehr grossen Wert.

Für andere als die eben genannten Personen muss die Kenntnissnahme des Aufgebotes als Zufall bezeichnet werden. Es ist möglich, dass eine

² Vgl. dazu den § 283 der Aargauischen ZPO.

Verlängerung der Vorlegungsfrist ihre Chancen erhöht. Diese Verlängerung gewinnt aber nur dann wesentlich an Wert, wenn auch die Zahl der Aufgebote und damit die Gelegenheit für Zufälle erweitert wird.

Eine Verlängerung der Aufgebotsfrist hat also nur dann einen Sinn, sollte aber in diesem Momente auch ausgesprochen werden, wenn der zweitgenannte Personenkreis besondere Berücksichtigung verdient.

Auch beim Art. 977 Abs. 2 sind diese allgemein gültigen Erwägungen von Bedeutung. Damit ergäbe sich auch hier das Recht und die Pflicht, die Fristen zu verlängern, sofern dazu die Notwendigkeit besteht. Dass dieses Recht tatsächlich, d. h. trotz dem Vermerk verkürzter Fristen auf der Urkunde, besteht, leitet sich folgendermassen aus dem Gesetz ab: Der Art. 977 Abs. 2 (Satz 1 und 2) verleiht dem Schuldner lediglich das Recht, innerhalb dem Abs. 1 des Art. 977 (und damit innerhalb dem KE-recht der Inhaberpapiere) zwei Bestimmungen abzuändern. Er kann die Zahl der öffentlichen Aufforderungen (Art. 984 Abs. 1) oder die Vorlegungsfrist in ihrem Minimum (Art. 983) herabsetzen. Alle andern Massnahmen zu einer KE müssen dem Inhaberpapierrecht weiterhin überlassen bleiben, will man nicht eine gänzliche Ungeregeltheit in den Fällen gemäss Art. 977 Abs. 2 annehmen. Damit unterliegen auch die Fristbestimmungen des Art. 977 dem Ermessen des Richters.

Abgesehen davon gestattet meines Erachtens der Art. 977 Abs. 2 nur eine alternative Anwendung der beiden Vereinfachungen des Verfahrens.

Ueber den Ort der Vorlegung sagt das Gesetz nichts aus; er wird in jedm einzelnen Fall festgesetzt, in der Regel ist dieser Ort das aufbietende Gericht.

Die Art der Veröffentlichung wird in den Art. 984 und 1077 für beide Verfahren gleichlautend angesetzt. Das Aufgebot ist dreimal im Schweizerischen Handelsamtsblatt zu veröffentlichen. Ob als Veröffentlichung im Handelsamtsblatt auch die Aufführung der aufgegebenen Urkunde in der regelmässig (vierteljährlich) durch dieses Blatt verbreiteten Liste zählt, ist nicht klar bestimmt, kann aber meines Erachtens nach dem Wortlaut des Gesetzes so aufgefasst werden. Es ergibt dies eine wesentliche Reduktion der Insertionskosten³.

Sofern es die Umstände gebieten, ist der Richter berechtigt, auch an andern Orten als im Handelsamtsblatt für Veröffentlichung des Aufgebotes zu sorgen (Art. 984 Abs. 2 und 1077 Abs. 2). In Frage kommt hier eine Veröffentlichung am Orte des Verlustets, der gelegenen Sache bei

³ BGE 46 II 145.

Grundpfandtiteln usw. Sind bereits früher einmal Aufrufe über dasselbe Papier und im gleichen Verlustfall erfolgt, so sind in einem neuen Verfahren sämtliche Stationen wieder zu durchlaufen, demzufolge auch alle Aufgebote wieder zu erlassen⁴.

Ueber die zeitliche Reihenfolge der Aufgebote hat das Gesetz keine Regeln aufgestellt. Es bleibt daher dem Richter überlassen, diese Reihenfolge zu bestimmen. Die Praxis ist diesbezüglich keine einheitliche.

III. Das Aufgebot als Aufforderung zur Anmeldung von Rechten

Durch das Aufgebot wird gemäss den Art. 983/4 und 1075/7 der *unbekannte Inhaber aufgefordert, die Urkunde vorzulegen*, widrigenfalls die KE ausgesprochen werde.

Diesem Wortlaut des Gesetzes entsprechend ist die Vorlegung der aufgerufenen Urkunde die einzige Möglichkeit, eine KE abzuwenden.

Wirft man aber einen Blick auf die grosse Zahl der Aufgebote im Handelsamtsblatt, so scheint diese Regelung des Gesetzes in einigen Fällen von den Gerichten missachtet zu werden; diese zeigen folgende Aufgebotstexte:

1. (HABI. vom 5. 1. 1948) «Der allfällige Inhaber . . . oder wer sonst über den Brief Auskunft geben kann, wird hiermit aufgefordert, dem unterzeichneten Gerichte . . . Anzeige zu erstatten, . . .»
2. (HABI. vom 6. 1. 1948) «Jedermann, der über das Schicksal dieser Urkunde Auskunft geben kann, wird aufgefordert, dem unterzeichneten Gericht . . . Anzeige zu machen. Sollte keine Meldung eingehen, würden die Urkunden als kraftlos erklärt.»
3. (HABI. vom 29. 1. 1948) «Jedermann, der über das Schicksal dieses Schuldbriefes Auskunft geben kann, wird aufgefordert, sich innert Jahresfrist von heute an auf der . . . kanzlei . . . zu melden, ansonst der Schuldbrief kraftlos erklärt wird.»

(Es handelt sich hier ausnahmslos um Aufgebote zürcherischer Gerichte⁵.)

Wie ist zu entscheiden?

Durch eine KE kann nur derjenige «ungerechterweise»⁴ geschädigt werden, der seine Innehabung der Urkunde nachträglich der des Antragstellers auf rechtmässiger Basis gründet. Sein Interesse verdient geschützt

⁴ BIZR Bd. 27 N. 43.

⁵ Vgl. Sträuli zu § 412 Zch. ZPO N. IV.

zu werden, und daher verleiht ihm das Gesetz die Möglichkeit, durch Vorlegung der Urkunde eine KE derselben zu verhindern.

In den zitierten Aufgeboten kommt zum Ausdruck, dass einige Gerichte neben der einzelnen Person des Inhabers die breitere Öffentlichkeit anrufen, der KE eine gerechte Lösung zu geben. Einer derartigen Ausgestaltung des Aufgebotes kann meines Erachtens nichts entgegengehalten werden, dient sie doch ebenfalls den prinzipiell schützenswerten Interessen des Inhabers der Urkunde.

Welche Wirkung soll nun aber einer Meldung von anderer Seite als der des Inhabers zukommen?

Der Inhaber hält durch Vorlegung der Urkunde das KE-verfahren sofort auf; nachher ist dem Antragsteller die Klage auf Herausgabe nahezulegen (Art. 985 und 1078).

Eine Meldung nun, welche nicht von einer Vorlegung der Urkunde begleitet ist (und eine solche auch nicht in Aussicht stellt), kann auf keinen Fall sogleich die oben angegebene Wirkung haben. Eine «blosse Meldung» setzt den Richter nur in die Lage, weitere Nachforschungen nach dem vermissten Papier anzustellen, oder weitere Ausweise über die Antragsberechtigung zu erhalten. In diesem Sinne können derartige Meldungen noch zur Glaubhaftmachung des Antrages mithelfen, jedoch darf das Aufgebot — wie schon bemerkt — nicht die Prüfung des Antrages ersetzen.

Eine Einstellung des KE-verfahrens auf Grund der «blossen Meldungen» kommt erst dann in Frage, wenn der Richter auf Grund der Resultate der weitem Nachforschungen die Fortsetzung des Verfahrens nicht mehr verantworten kann, oder die Nachforschungen zur Auffindung des gegenwärtigen Inhabers geführt haben.

Für alle diese Meldungen muss jedoch gelten, dass ihre Begründetheit Voraussetzung zu ihrer Annahme sei. Blosser Verdächtigungen und dergleichen hat der Richter abzuweisen; abgesehen davon muss die Möglichkeit, den Antragsteller zu schikanieren, als gering bezeichnet werden, denn das Aufgebot (mit Ausnahme bei den Grundpfandtiteln) ist anonym, ein Umstand, der Verunglimpfungen von vorneherein auf ein äusserst kleines Mass herabdrängen wird.

Die Auffassung, dass nicht nur der Inhaber, sondern darüber hinaus weitere Personen zu Meldungen auf Grund des Aufgebotes berechtigt seien, widerspricht meines Erachtens dem Gesetz nicht, denn den Art. 983 und 1075 (betr. Vorlegung der Urkunde) ist ihre Bedeutung voll

geblieben. Die hier vertretene Ansicht befürwortet nur eine praktische Massnahme des Verfahrens, die imstande sein kann, die KE selber zu erhöhen⁶. Ihre Auswirkungen in der Praxis dürfen jedoch nicht überschätzt werden⁷.

IV. Anhang: die Klage auf Herausgabe

Ohne näher auf Einzelheiten eintreten zu wollen, soll noch kurz eine Zusammenstellung derjenigen Artikel des Gesetzes gegeben werden, welche für die sich im Laufe eines KE-verfahrens unter Umständen ergebende *Klage auf Herausgabe Geltung haben*. (Besitzesrechtsklage gemäss Art. 930 ff.⁸ ZGB; vgl. die Art. 985 und 1087, dazu auch Art. 1073.)

Entsprechend den verschiedenen Bestimmungen über den Erwerb von Wertpapieren (Art. 164 ff., 1006, 1112; Art. 935 ZGB) gestalten sich die Aussichten einer Klage auf Herausgabe ganz unterschiedlich. Für die einzelnen Wertpapierarten gelten folgende Vorschriften:

1. *Namenpapiere*:

Gemäss Art. 975 können Namenpapiere nur durch und mit den Wirkungen der Zession übertragen werden (Art. 164 ff.). Nach deren Vorschriften gehen mit der Uebertragung der Urkunde auch sämtliche Rechte des Veräusserers auf den Erwerber über, zudem aber können durch die Uebergabe keine Mängel dieser Berechtigung geheilt werden, wie dies bei der Uebergabe nach Art. 1006 oder 1112 und Art. 935 ZGB der Fall sein kann. Deshalb unterliegen die Namenpapiere bei Rückforderungsklagen vollständig den für bewegliche Sachen im allgemeinen geltenden Grundsätzen (Art. 930 ff. ZGB). Im Einzelnen ist dazu folgendes zu sagen⁹:

⁶ Vgl. dazu Staub-Stranz S. 699.

Jacobi: S. 397/8: Ein nochmaliger Verlierer der Urkunde ist ohne Vorweisung derselben zur Anmeldung berechtigt. — S. 404/5: Der Schuldner, der schon bezahlt, aber die Urkunde bereits vernichtet hat, ist ebenfalls ohne Vorweisung der Urkunde zur Anmeldung von Rechten berechtigt.

(Diese Ansichten sind aber nur solange wesentlich, als man die Vorweisung der Urkunde allein zur Unterbrechung eines KE-Verfahrens heranziehen will.)

Vgl. auch einen Aufsatz in der NZZ vom 14. 12. 1946, er spricht sich gegen die zürcherische Praxis aus.

⁷ Ueber die andern Wirkungen eines Aufgebotes vgl. § 11.

⁸ Ueber die Klage auf Herausgabe vgl.: Weisflog S. 1 ff. (international-rechtlich), über die Inhaberpapiere speziell S. 73 ff.; Homberger Komm. zu Art. 933 ZGB N. 5 ff.

⁹ Vgl. Homberger Komm. zu Art. 933 ZGB N. 9.

a) Namenpapiere können dem gegenwärtigen Inhaber *nicht herausverlangt* werden, wenn dieser die Papiere im Rahmen der Bestimmungen des Art. 933 ZGB erworben hat (anvertraute Sache) ¹⁰.

b) Namenpapiere können *gegen Vergütung des Kaufpreises dem gutgläubigen Inhaber herausverlangt* werden, wenn dieser die Papiere gemäss den Bestimmungen des Art. 934 Abs. 2 ZGB erworben hat (Erwerb auf dem Markt oder bei einem Kaufmann) ¹¹.

c) Namenpapiere können *jedem Inhaber herausverlangt werden*, wenn sich der Erwerber derselben auch bei gutem Glauben seinerseits nicht auf die Art. 933 oder 934 Abs. 2 ZGB stützen kann ¹².

Dazu können alle Namenpapiere einem bösgläubigen Inhaber herausverlangt werden. (Art. 936 ZGB).

2. Inhaberpapiere:

Für die Inhaberpapiere ist allein der Art. 935 ZGB von Bedeutung, und zwar sowohl in bezug auf den Erwerb der Urkunde, als auch bezüglich der Klage auf Herausgabe.

Ein Inhaberpapier kann nur dem *bösgläubigen Inhaber* herausverlangt werden (Art. 935/6 ZGB) ¹³.

3. Ordrepapiere:

Wer ein Ordrepapier in Händen hat, gilt als rechtmässiger Inhaber, sofern er sein Recht durch eine ununterbrochene Reihe von Indossamenten nachweist, und zwar auch dann, wenn das letzte ein Blanko-

¹⁰ Ausführlich in: Ostertag Komm. zu Art. 933 ZGB N. 1 ff.; Homberger Komm. zu Art. 933 ZGB N. 11 ff.

¹¹ Ostertag Komm. zu Art. 934 ZGB N. 32 ff.; Homberger Komm. zu Art. 934 ZGB N. 9 ff.

¹² Ostertag Komm. zu Art. 933 (N. 11), 934 (N. 1 ff.) und 936 (N. 1 ff.) ZGB. Homberger Komm. zu Art. 933 ZGB N. 10, dazu auch Güller W., «Unfreiwilliger Besitzesverlust und gutgläubiger Fahrnisserwerb», Zch. Diss. 1924, S. 20 ff. Für die «blossen Beweisurkunden» ist eine Klage auf Herausgabe unmöglich und auch gar nicht nötig, denn der Beweisurkunde kommt keine sachenrechtliche Bedeutung zu; sie ist nur Accessorium des beurkundeten Rechts. Vgl. auch BGE 71 II 90 ff.: das Verfolgungsrecht bedeutet nicht Anspruch auf Vermögensausgleich, sondern lediglich Zugriff auf die Sache.

BBE 43 II 613 ff.: kein gutgl. Erwerb ist Erwerb zu einem unwahrscheinlich niedrigen Preis.

¹³ Ostertag Komm. zu Art. 935 ZGB; Homberger Komm. zu Art. 933 (N. 7) und 935 (N. 1 ff.) ZGB.

Ueber den gutgl. Erwerb von Inhaberpapieren vgl. BGE 38 II 465, 65 II 62 ff., 70 II 96 ff.

Ueber die Klage auf Herausgabe bei Geld vgl. BGE 47 II 267 («... celui qui, même de mauvaise foi, mélange l'argent d'autrui avec le sien, devient propriétaire de tout et que seule une action personnelle peut être dirigé contre lui»).

indossament ist. Ausgestrichene Indossamente gelten als nicht geschrieben. Folgt auf ein Blankoindossament ein weiteres Indossament, so wird angenommen, dass der Aussteller dieses Indossaments das Ordrepapier durch das Blankoindossament erworben hat. Ist das Ordrepapier einem frühern Inhaber irgendwie abhanden gekommen, so ist der neue Inhaber, der sein Recht nach den Vorschriften des vorstehenden Absatzes nachweist, zur *Herausgabe des Ordrepapiers verpflichtet, wenn er es in bösem Glauben erworben hat oder ihm beim Erwerb eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt*. (Es ist dies der abgeänderte Wortlaut des Art. 1006.) Im Uebrigen vgl. die Art. 1006, 1112, 1152 Abs. 2¹⁴.

Zuständiges Gericht für eine Klage auf Herausgabe im Anschluss an ein Aufgebotsverfahren ist das Gericht, bei welchem der Antrag auf KE eingebracht und angenommen worden ist, denn dieses Gericht ist auch Vorlegungsort für die Urkunde, die im Aufgebotsverfahren gesucht wird. Es handelt sich also hier um einen Fall des Gerichtsstandes der gelegenen Sache. Anwendbares Recht in einem Verfahren zur Klage auf Herausgabe ist das Recht, welches am Orte des Erwerbes der Urkunde durch den gegenwärtigen Inhaber Geltung hat¹⁵.

3. Kapitel

DIE KRAFTLOSERKLÄRUNG DER URKUNDE ALS ABSCHLUSS DES KRAFTLOSERKLÄRUNGSVERFAHRENS

§ 14 Die KE, insbesondere ihre Wirkungen

I. Der Erlass des KE-urteils

Ist die Aufgebotsfrist ohne jegliche Anmeldung abgelaufen, oder sind sämtliche eingegangenen Meldungen ohne Bedeutung und erledigt, so *kann* der Richter die KE aussprechen (Art. 986 Abs. 1 oder *hat* sie auszusprechen (Art. 1079 Abs. 1), je nachdem es sich um ein Inhaber- (Namen-) oder Ordrepapier handelt, welches kraftlos erklärt werden soll (vgl. vorn § 11 V).

Dem OR ist keine Bestimmung zu entnehmen, die den Richter zur

¹⁴ Homberger Komm. zu Art. 933 ZGB N. 8.

¹⁵ Unklar Cudkowicz S. 113 N. IX.; dazu aber BGE 25 II 840 ff.

ZbJV Bd. 34 S. 52, 35 S. 75, 62 S. 474; vgl. auch Homberger Komm. zu Art. 934 ZGB N. 36.

Einhaltung einer Frist zwischen Ablauf des Aufgebotsverfahrens und Aussprechung des KE-urteils verpflichtet. Massgebend in dieser Hinsicht sind die einzelnen ZPO, welche aber regelmässig nur eine beförderliche Erledigung der Geschäfte fordern (vgl. § 96 Zch. ZPO). Es ist nun möglich, dass gerade in der Zeit zwischen Ende der Aufgebotsfrist und Aussprechung des KE-urteils noch Anmeldungen zum Aufgebot eingehen. Solche Anmeldungen sind nach Ansicht des Bundesgerichtes zu berücksichtigen, denn es fasst die Aufgebotsfrist nicht als eine zerstörlische Frist auf¹. Diese Auffassung widerspricht dem Gesetz nicht, und es ist ihr besonders deshalb beizutreten, weil sie zur Wahrung der Rechte Dritter beiträgt und damit das KE-verfahren an sich korrekt gestalten hilft. Somit schliesst erst das KE-urteil die Aufgebotsfrist endgültig ab.

Strittig war bisher auch immer wieder die Frage, ob das Gericht von sich aus die KE auszusprechen habe, oder ob es hiezu eines neuerlichen Antrages des Gesuchstellers bedürfe. Meines Erachtens hat der Richter die KE ohne weitem Antrag zu beschliessen, denn der Gesuchsteller beantragt von Anfang an die KE, nicht nur vorerst den Erlass eines Aufgebotes (Art. 931 Abs. 1 und 1074 Abs. 1)².

Eine Veröffentlichung des KE-urteils wird nur im Verfahren gemäss Art. 981 ff. vorgesehen, nicht aber im demjenigen nach Art. 1072 ff. Dieser Unterschied zwischen den beiden Verfahren kann damit begründet werden, dass es sich bei den Inhaber- und Namenpapieren meistens um Urkunden mit längerer Laufzeit handelt. Urkunden also, welche auch nach erfolgter KE noch leicht als gültig angesehen werden können, wogegen beim Wechsel und den übrigen Ordrepapieren ein Aufgebot erst nach Verfall der Urkunde mit seinem Fristenlauf einsetzen kann (Art. 1076 Abs. 3), ein kraftlos erklärtes Papier damit immer verfallen sein wird. Diese Tatsache wird die Zirkulation von Ordrepapieren nach erfolgter KE von sich aus erschweren. Die Oeffentlichkeit ist daher an einer Bekanntmachung dieser KE-urteile weniger interessiert³. Eine bestimmte Form ist für das KE-urteil nicht vorgeschrieben, die schriftliche Ausfertigung darf aber als selbstverständlich gelten. Für die Veröffentlichung des Urteils wesentlich ist nur die genaue Bezeichnung der Urkunde und die Tatsache deren KE, alles unter Berufung auf das seinerzeitige Aufgebot⁴.

¹ BGE 46 II 140.

² Anderer Ansicht Zimmerli S. 19; gleicher Ansicht Cudkowicz S. 105.

³ Vgl. § 17 I.

⁴ Vgl. Zimmerli S. 19/20.

II. Die Wirkungen der KE

Die Art. 972, 986 Abs. 3 und 1079 Abs. 2 lassen erkennen, dass die KE in erster Linie die Wirkung haben soll, von dem in Art. 965 festgesetzten Erfordernis des Urkundenbesitzes bei Geltendmachung der Forderung eine Ausnahme zu machen. Nach der KE soll der Schuldner gemäss gesetzlicher Vorschrift ohne Vorweisung der Urkunde leisten oder eine Urkunde ausstellen, je nach der Natur des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses. Wie nach erfolgter KE die Geltendmachung des Rechts vor sich gehen soll ist direkt aus dem Wortlaute des Gesetzes nicht ersichtlich. Es kann aber sinngemäss nur die Aushändigung des KE-urteils an den Schuldner als Gegenleistung der Zahlung oder Ausstellung der neuen Urkunde in Frage kommen. Nur ein derartiges Vorgehen verschafft dem Schuldner die gewünschte Sicherheit bei einer spätern Vorweisung der ursprünglichen Urkunde. Somit darf das KE-urteil auch als Mittel zur Geltendmachung der Forderung ohne die ursprüngliche Urkunde bezeichnet werden. Es bedeutet dies, dass das Recht, welches der früheren Urkunde beigegeben war, jetzt dem KE-urteil als Urkunde innewohnen muss.

Dies ist kurz zusammengefasst das Resultat, welches durch die KE erreicht werden soll. Offen bleibt nun aber die Frage nach der rechtlichen Konstruktion, auf der dieses Ergebnis aufbaut.

In den einleitenden Ausführungen zu dieser Arbeit wurde dargelegt, dass bei den Wertpapieren eine völlige Versachlichung des Rechts nicht eintrete, sondern dass die Wertpapiere zur Erfüllung ganz bestimmter Aufgaben sich nur gewisse Eigenschaften der Sachen i. e. S. zugelegt hätten. In Verfolgung dieses Grundsatzes kann denn auch nicht angenommen werden, dass der Verlust der Urkunde den Verlust auch des Rechts nach sich ziehe (vgl. § 2 III vorn). Die KE kann sich folglich im Prinzip auf die Urkunde allein beschränken. Es geht dies auch aus dem Wortlaute des Gesetzes hervor, welches in den Art. 971 Abs. 1, 981 Abs. 1 und 986 Abs. 1 nur von einer KE des *Wertpapiers* spricht.

Die KE nur der Urkunde allein vermag jedoch nicht in allen Fällen zu befriedigen. Trotzdem ein KE-urteil erst nach einem von Dritten unbenützten Aufgebotsverfahren ergehen kann, ist nicht anzunehmen, dass sich nicht doch irgendwo ein gutgläubiger Inhaber der Urkunde befinden könnte, dem gemäss gesetzlicher Regelung (zumindest vor der KE) auch das Recht aus der Urkunde zugestanden haben muss. Will man

eine befriedigende Lösung der Verhältnisse bei der KE herbeiführen. dann muss einem solchen eventuellen Dritthinhaber der Urkunde auch das Recht entzogen werden. Eine KE des Rechts kann aber nicht in Frage kommen, denn damit würde zugleich auch für den Antragsteller das Recht vernichtet. d. h., es ergäbe sich die Notwendigkeit, mit der KE zusammen ein neues Recht zu schaffen. Es geht auch nicht an, das fragliche Recht nur bezüglich des eventuellen Dritthinhabers der Urkunde kraftlos zu erklären, denn diese Massnahme würde voraussetzen, dass vor der KE zwei Rechtsverhältnisse bestanden hätten, soll die KE nicht wie oben ein neues Rechtsverhältnis entstehen lassen müssen⁵. Es ist folgende Lösung, den den Bedürfnissen zu entsprechen vermag:

Der Verlierer der Urkunde behält grundsätzlich das damit verbundene Recht⁶. Ausnahmsweise — dann, wenn ein Dritter die Urkunde gutgläubig erwirbt, geht der Verlierer seiner Rechte auch aus der Urkunde trotzdem verlustig. Es verbleibt ihm jedoch das Antragsrecht zur KE, welches jedem früheren Besitzer einer Urkunde auf Grund seines Besitzes zusteht. Mit dem Antrag auf KE bewirbt sich der Verlierer (früherer Besitzer) darum, ohne Urkunde das darin verbrieftete Recht geltend machen zu dürfen. Im Aufgebotsverfahren wird nach einem eventuellen Inhaber auch des Rechts geforscht und ihm angedroht, dass bei Nichtanmeldung ein Entzug der Rechte statfinde. Die Folgerung, welche aus dieser Sachlage gezogen werden muss ist die, dass dann, wenn sich die Urkunde in gutgläubigem Drittbesitz findet, dessen Anmeldung aber unterlassen wird, die KE das mit der Urkunde verbundene Recht von dieser lostrennt und es dem früheren Berechtigten wieder verschafft. Nur so kann das in Frage stehende Recht in jedem Falle als mit dem KE-urteil verbunden betrachtet werden.

Kraftlos erklärt wird bei diesem Vorgehen nur die Urkunde. Es entspricht daher in dieser Beziehung dem Gesetz. Die Loslösung des Rechts von der alten Urkunde tritt ausnahmsweise ein, muss aber in Anbetracht der Verhältnisse immer als Wirkung der KE miteinberechnet werden, da nie mit Bestimmtheit von einer noch vorhandenen eventuellen Drittberechtigung Kenntnis erhalten werden kann. Gegenüber den andern erwähnten Lösungen bietet die eben dargelegte den Vorteil, dass sie das in Frage stehende Rechtsverhältnis in seinem Bestande nicht nur nicht angreift, sondern dasselbe ohne Unterbruch fort dauern lässt.

⁵ Vgl. Jacobi S. 396.

⁶ Vgl. vorn § 3 III.

III. Die Berechtigung zur Geltendmachung der Rechte an der früheren Urkunde nach erfolgter KE

Nach der KE kann der Berechtigte sein Recht auch ohne die Urkunde geltend machen oder die Ausstellung einer neuen Urkunde verlangen (Art. 972 Abs. 1). Nach der KE ist der Gesuchsteller berechtigt, auf seine Kosten die Ausstellung einer neuen Urkunde oder die Erfüllung der fälligen Leistung zu fordern (Art. 986 Abs. 3). Nach der KE des Wechsels kann der Gesuchsteller seinen wechselfässigen Anspruch noch gegen den Annehmenden geltend machen (Art. 1079 Abs. 2).

Dies sind die gesetzlichen Bestimmungen, welche die Regelung der Verhältnisse zwischen Gläubiger und Schuldner nach erfolgter KE zum Ziele haben. Es lässt sich aus ihnen Folgendes ableiten: Entsprechend der vorhin gegebenen Darstellung über die allgemeinen Wirkungen der KE ist auch aus ihnen eindeutig ersichtlich, dass am Inhalt des in Frage stehenden Rechts durch die KE nichts geändert wird; dass aber durch die KE die Rechtszuständigkeit nicht verändert, sondern nur festgestellt wird, geht klar nur aus den Art. 972 Abs. 1 und 1079 Abs. 2 hervor, nicht aber aus dem wichtigeren Art. 986 Abs. 3. Nach Art. 972 Abs. 1 steht dem Berechtigten sein Recht wie vor der KE zu, nach Art. 1079 Abs. 2 dem Gesuchsteller sein wechselfässiger Anspruch, d. h. der Anspruch, den das auf ihn lautende Indossament festlegt (Art. 1008 ff. betr. Inkasso-, Pfand- usw. indossament). Nach diesen beiden Artikeln kann also der Gesuchsteller durch die KE kein Recht erwerben, das ihm nicht schon vor der KE zugestanden hat. Auf Grund des Art. 986 Abs. 3 könnte hingegen angenommen werden, dass das Recht zur Geltendmachung der Forderung dem Gesuchsteller schlechthin zustehe. Eine derartige Auslegung dieses Artikels widerspricht aber eindeutig den Prinzipien der KE. Da das Gesetz jeden Besitzer eines Wertpapiers bei Verlust desselben als antragsberechtigt erklärt, kann auch der bloss am Papier Berechtigte Inhaber des KE-urteils werden. Ihm nun nach erfolgter KE auch das Recht aus der Urkunde zuzuerkennen, geht aber offensichtlich nicht an. Es wäre dies eine durch nichts gerechtfertigte Besserstellung des bloss unselbständigen Besitz ausübenden Verlierers. Der Widerspruch zu den beiden vorher erwähnten Artikeln ist jedoch nur scheinbar. Dass der Art. 986 Abs. 3 für die Namenpapiere keine Geltung haben kann ist klar. Bei ihnen wird der Berechtigte aus der Urkunde namentlich erwähnt und dieser hat seine Berechtigung ausserdem dem Schuld-

ner gegenüber nachzuweisen. Diesen Nachweis kann der Schuldner auch nach erfolgter KE fordern. Es ist daher nicht einfach der Gesuchsteller, der die in Art. 986 Abs. 3 genannten Rechte ausüben kann. Für die Inhaberpapiere hingegen kann die Richtigkeit des Art. 986 Abs. 3 nicht bestritten werden. So wie es der blossе Inhaber ist, der dem Schuldner gegenüber als mit allen Rechten ausgestattet auftreten kann, so muss dies in der Folge auch der Inhaber des KE-urteils sein, weil sich sein Recht auf ein Inhaberpapier zurückbezieht. Die der KE vorangehende Glaubhaftmachung des Besitzes legitimiert den Gesuchsteller auch nach erfolgter KE zur Ausübung derjenigen Rechte, welche an die blossе Innehabung der Urkunde anknüpfen. Dass der Gesuchsteller dennoch nicht mehr Rechte als vor der KE haben kann, ergibt sich nun aus den allgemeinen Grundsätzen über die Inhaberpapiere. Der Art. 986 Abs. 3 sagt somit nichts anderes als die beiden Art. 972 Abs. 1 und 1079 Abs. 2:

Nach der KE kann der Gesuchsteller dieselben (eventuell weniger, auf keinen Fall aber mehr) Rechte wie vor der KE für sich beanspruchen.

Auf den einzelnen Fall bezogen ergibt sich aus diesem Grundsatz: hat der Eigentümer das Gesuch um KE gestellt, so ist er selbstverständlich auch nach der KE Eigentümer des KE-urteils und damit auch forderungsberechtigt. Hat ein unselbständiger Besitzer den KE-antrag gestellt, so lebt sein Besitzesverhältnis gegenüber dem Eigentümer mit allen seinen Wirkungen wieder auf, d. h. der Pfandgläubiger erwirbt wieder sein Pfandrecht, der Nutzniesser sein Nutzniessungsrecht, der Aufbewahrer kann einer eventuellen Vertragsverletzung entstanden aus dem Verlust der Urkunde nicht mehr bezichtigt werden, usw. Hat dagegen der Eigentümer für einen Besitzer seiner Wertpapiere die KE beantragt und durchgeführt, so bedürfte es der Aufhebung der entsprechenden Verträge, um ihn von der Verpflichtung das KE-urteil an die berechtigte Person herauszugeben zu befreien. Es ist hier vor allem an beschränkt dingliche Verträge zu denken ⁷.

IV. Die rechtliche Natur des KE-urteils als Urkunde

Nicht nur aus den vorgehenden Ausführungen, sondern auch aus dem Gesetz geht hervor, dass die Geltendmachung der im früheren Wertpa-

⁷ Zu diesem Problem vgl. Leemann Komm. Sachenrecht zu Art. 870 ZGB N. 26/8. Jacobi S. 397/400; Staub-Stranz S. 706; Quassowski Wechselrecht S. 462/3.

pier niedergelegten Rechte nach erfolgter KE jener Urkunde nun an die Innehabung der KE-urkunde (urteil) gebunden ist. Die Frage, ob nun das KE-urteil Wertpapier sei ist daher naheliegend.

Das KE-urteil könnte zweifellos dem Art. 965, welcher die Wertpapiere definiert, unterstellt werden. Die Ausführungen des Gesetzes in den Art. 972, 986 Abs. 3 und 1079 Abs. 2 lassen aber erkennen, dass das Gesetz das KE-urteil nicht schlechthin als Ersatz der verloren gegangenen Urkunde und damit als Wertpapier ansehen will. Nur eine neue, auf Grund des KE-urteils vom Schuldner ausgestellte Urkunde kann wieder Wertpapier sein. Dass diese gesetzliche Regelung zutreffend ist ergibt sich aus der Tatsache, dass aus dem KE-urteil eine Verpflichtung des Schuldners nicht direkt (nicht von ihm selber anerkannt) hervorgeht. Das KE-urteil vermag nur den Schuldner davor zu bewahren, gegen die nun kraftlos erklärte Urkunde leisten zu müssen. Die hier vertretenen Ansichten werden im folgenden Absatz eine nähere Begründung erfahren. Nachzutragen ist noch, dass eine Zession von KE-urteilen nicht ausgeschlossen ist, sie muss vor allem dann in Frage kommen können, wenn der Antragsteller selber die Urkunde nicht für sich behalten darf, weil er auch vor der KE kein Recht dazu besessen hatte⁸.

V. Die Stellung des Schuldners nach erfolgter KE

Auch wenn sich die KE eindeutig nicht auf das mit der Urkunde verbundene Rechtsverhältnis bezieht, so muss dieses Problem hier dennoch untersucht werden, weil insbesondere die Gefahr von Einreden des Schuldners gegen das KE-urteil in starkem Masse vorhanden zu sein scheint. Es kann dem Schuldner nicht mehr die Originalurkunde entgegengehalten werden, was einen unkorrekten Schuldner veranlassen könnte, eine Schuld überhaupt abzustreiten.

Nun darf aber nicht übersehen werden, dass bei einem sorgfältig durchgeführten KE-verfahren der Schuldner nicht erst im allerletzten Moment von einer KE erfahren wird, d. h. nur vor die fertige Tatsache der KE gestellt werden wird. Es ist anzunehmen, dass der Schuldner bereits zur Zeit der Antragstellung von der beabsichtigten KE erfährt und sich auch entsprechend äussern wird. Dies wird zur Folge haben,

⁸ Vgl. Jacobi S. 385; Quassowski Scheckrecht S. 309 N. 10; Quassowski Wechselrecht S. 464 N. 8; Zimmerli S. 59 '60; über die Art der neu auszustellenden Urkunde Zimmerli S. 61

dass eine KE, deren Erfolg später durch Einreden des Schuldners wieder in Frage gestellt werden könnte, von vornherein unterlassen wird. Einreden, welche gegen die Gültigkeit der (ursprünglichen) Urkunde gerichtet sind (Art. 979 Abs. 1, 1007, 1143 Ziff. 5, 1146 und ZGB Art. 372), werden also bei richtigem Vorgehen nach erfolgter KE praktisch nicht zu erwarten sein. Ueber ihre grundsätzliche Zulässigkeit können jedoch keine Zweifel bestehen. Ebenso müssen Einreden, die dem Schuldner gegen den Vorweiser des KE-urteils persönlich zustehen, grundsätzlich zugelassen werden, wenn auch hier gesagt werden kann, dass sie praktisch wenig zu erwarten sein werden. Gleich wie bei den Einreden gestalten sich die Verhältnisse hinsichtlich der Prüfungspflicht des Schuldners bei Einlösung seiner Verpflichtung aus dem Wertpapier, bzw. KE-urteil. Die KE bringt grundsätzlich auch hier keine Aenderungen mit sich, doch ist zu bemerken, dass der Schuldner durch die KE eine Besserstellung erfährt, weil ihm eine Prüfung der Berechtigung des Fordernden weitgehend durch das gerichtliche KE-verfahren abgenommen worden sein kann⁹.

§ 15 Die Rechtsmittel im KE-verfahren, insbesondere die Berufung ans Bundesgericht

I. Die KE als nichtstreitiges Verfahren und die Rechtsmittel

Die Einreihung des KE-verfahrens unter die Kategorie der nichtstreitigen Verfahren (§§ 378 ff. Zch. ZPO) findet seinen Grund darin, dass zur Zeit des KE-antrages, nur eine Partei (der Verlierer) bekannt sein kann. Das Verfahren ist also logisch notwendigerweise «nicht streitig», denn eine eventuelle Gegenpartei soll gerade im KE-verfahren gesucht werden. Trifft auf das Aufgebot hin eine Meldung ein, so muss der folgende Widerstreit der Interessen in einem streitigen Verfahren (Klage auf Herausgabe) weitergeführt werden. Ergeht keine Meldung, nimmt das nichtstreitige Verfahren seinen Fortgang. Es wird festgestellt, dass andere Interessen als die des Gesuchstellers nicht zur Anmeldung gelangt sind, und in der Folge das KE-urteil erlassen. Den

⁹ Vgl. Jacobi S. 400; Zimmerli S. 61/2, 65; Michaelis S. 326 N. 13.

dem Grunde nicht an, weil für ihn durch eine KE kein Schaden entstehen kann. Es ist für ihn grundsätzlich ohne Belang, ob er gegen die von ihm ausgestellte Urkunde leistet oder die Leistung erst nach erfolgter KE erbringt. Urkunde und KE-urteil verschaffen ihm gleichermassen Sicherheit vor zweimaliger Zahlung¹.

Schuldner als Gegenpartei des Antragstellers zu bezeichnen geht aus

Diese Eigenart des KE-verfahrens wirkt sich auch bezüglich der Rechtsmittel aus. Es ergibt sich aus dem oben gesagten, dass nur der Gesuchsteller in die Lage kommen kann, im KE-verfahren Rechtsmittel ergreifen zu müssen. Auch dann, wenn zum Beispiel der Dritthinhaber der Urkunde im Prozess über die Herausgabe die noch im KE-verfahren begründete Zuständigkeitsentscheidung für diesen Prozess anfechten will, ergreift er ein Rechtsmittel im streitigen Verfahren. Abzulehnen ist auch eine Berufung des Dritthinhabers der Urkunde nach ausgesprochenem KE-urteil, denn mit dem Urteil ist die für ihn angesetzte Frist zur Anmeldung seiner Rechte endgültig abgelaufen. Sie kann nicht durch ein Berufungsrecht erstreckt werden. Hier anders entscheiden zu wollen würde eindeutig den gesetzlichen Bestimmungen über das Aufgebot und die Fristen desselben widersprechen.

II. Die Rechtsmittel im KE-verfahren

Nach Zürcherischem Recht (§§ 384, 410 ZPO) kann über die KE nur eine einzige Instanz entscheiden: die KE wird auf Antrag des Bezirksgerichtes durch das *Obergericht* beschlossen. Gegen diesen Entscheid kennt das kantonale Recht kein Rechtsmittel, auch nicht ein ausserordentliches. Diese Bestimmungen besitzen nun aber eine ganz unterschiedliche Bedeutung, je nachdem ein KE-antrag angenommen oder abgelehnt worden ist².

A. Die Rechtsmittel bei Annahme des KE-antrages:

Wird ein KE-antrag angenommen, so ist nicht zu erwarten, dass der Gesuchsteller dagegen etwas einzuwenden haben wird. Es liesse sich höchstens vorstellen, dass er mit der durch den Richter festgesetzten Aufgebotsfrist nicht einverstanden wäre, eventuell auch nicht mit der

¹ Ueber die Natur des nichtstreitigen Verfahrens vgl. Guldener S. 35.

² Vgl. Sträuli zu §§ 384 und 104 N. 1 Zch. ZPO.

rechtlichen Qualifikation der Urkunde (als Wertpapier muss sie aber anerkannt worden sein). Aber auch dagegen kann er nichts unternehmen, auch nicht mittels einer Berufung an das Bundesgericht, weil die Annahme des KE-antrages gemäss Art. 48/9 OG als Zwischenentscheid zu bewerten ist, daher einer Weiterziehung an diese Instanz nicht unterliegen kann. Wird später die KE ausgesprochen, so wird ein Einwand des Gesuchstellers gegen diesen Entscheid vollends nicht mehr in Frage kommen.

B. Die Rechtsmittel bei Ablehnung des KE-antrages:

a) *im kantonalen Verfahren.*

Es ist bereits davon gesprochen worden, dass das Zürcherische Recht ein Rechtsmittel im KE-verfahren nicht kennt. Bei einer Ablehnung des KE-antrages ist daher grundsätzlich nur noch die Berufung ans Bundesgericht möglich. Folgender Fall verdient jedoch besondere Beachtung:

Erfolgt die Ablehnung des KE-antrages aus einem Grunde, der nicht auf einer für den Gesuchsteller unabänderlichen Tatsache beruht, so ist es diesem gestattet, nach Verbesserung der Grundlagen des Antrages denselben erneut bei der gleichen Instanz einzureichen. Es ist dabei vor allem an die Ablehnung eines Antrages infolge ungenügender Glaubhaftmachung von Besitz und Verlust zu denken. Dass es sich jedoch hier nicht um ein Rechtsmittel handelt, ist offensichtlich. Die Möglichkeit der Wiedereinbringung des Antrages beruht auf der Tatsache, dass ablehnende Entscheide im nichtstreitigen Verfahren nicht mit Rechtskraft ausgestattet sind, demzufolge der Wiedereinbringung des Gesuches nicht der Einwand der abgeurteilten Sache entgegengehalten werden kann.

Eine Ablehnung des KE-antrages aus unabänderlichen Gründen ist hingegen innert nützlicher Frist weiterzuziehen, ansonst diesem Entscheid Rechtskraft zukommt³.

Ausnahmsweise kann auch ein aus abänderlichen Gründen abgelehnter Antrag der Berufung ans Bundesgericht unterliegen, und zwar dann, wenn tatsächliche Feststellungen unter Verletzung von bundesrechtlichen Beweisvorschriften getroffen worden sind (Art. 43 Abs. 3 OG;

³ Vgl. Birchmeier zu Art. 54 N. 3 OG.

denkbar ist z. B., dass an Stelle der Glaubhaftmachung ein voller Beweis über Besitz und Verlust verlangt wird) ⁴.

b) *nach Bundesrecht* (Berufung ans Bundesgericht).

Das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) vom 16. Dezember 1943 bestimmt in den Art. 43 und 45 lit. b über die Zulässigkeit der Berufung an das Bundesgericht im Verfahren zur gerichtlichen KE von Wertpapieren. Der Art. 43 OG erwähnt die Berufungsgründe, Art. 45 lit. b die der Berufung unterliegenden verschiedenen Arten von KE-verfahren. Danach kann in jedem Verfahren zur gerichtlichen KE von Wertpapieren Berufung eingelegt werden (einschliesslich Versicherungspolice, vgl. auch Art. 13 VVG), nicht aber in einem Privat-KE-verfahren gemäss Art. 90. Letzteres ist mit Bezug auf die Berufung an das Bundesgericht gewöhnlichen vermögensrechtlichen Angelegenheiten gleichgestellt, unterliegt daher im Gegensatz zur Berufung im KE-verfahren der Wertpapiere den Bestimmungen über den Streitwert (Art. 46 OG, dagegen Art. 45 Abs. 1 OG). Die Möglichkeit einer Berufung an das Bundesgericht im Falle einer KE gemäss Art. 977 Abs. 2 Satz 3 (Anwendung von Art. 90 bei «Namenpapieren») erscheint nach Art. 45 lit. b OG ebenfalls als gegeben, ist jedoch in Anbetracht der besondern Umstände dennoch fraglich (vgl. die Ausführungen zum Art. 977 vorn § 5) ⁵.

Zulässig ist eine Berufung an das Bundesgericht erst dann, wenn die letzte kantonale Instanz entschieden hat, zudem dieser Entscheid einen Endentscheid (im Gegensatz zu einem Zwischenentscheid) darstellt (Art. 48 OG). Eine Berufung gegen Zwischenentscheide kann im KE-verfahren wohl kaum in Frage kommen, denn bei einer Annahme des Antrages wird der Entscheid über die Annahme (als Zwischenentscheid) nicht angefochten werden. Die Art. 49 OG (Berufung gegen Zuständigkeitsentscheid) und 50 OG (ausnahmsweise Anfechtung eines andern Zwischenentscheides) fallen daher die folgenden Betrachtungen weg.

Die Ablehnung eines KE-antrages kann hingegen unter folgenden Voraussetzungen einer Berufung ans Bundesgericht unterliegen:

⁴ An die Stelle einer Ablehnung des KE-Antrages tritt sehr oft eine vorläufige Nichtanhandnahme bis zur Einbringung genügender Mittel zur Glaubhaftmachung usw.

⁵ Vgl. über die Berufung ans Bundesgericht im KE-Verfahren: Giesker-Zeller S. 102/3; Birchmeier zu Art. 45 N. 10a OG; Breimeier S. 29 ff.; Cudkowicz S. 126.

1. Die Ablehnung des KE-antrages muss endgültig sein, d. h. sich auf für den Antragsteller unabänderliche Gründe stützen (vgl. oben lit. a und unten Ziff. 2). Nur in diesem Falle kann der ablehnende Entscheid als Endentscheid qualifiziert werden (Art. 48 OG).

2. Die Ablehnung muss unter Verletzung von bundesrechtlichen Vorschriften erfolgt sein (Art. 43 OG, Berufungsgründe). Dabei sind in Betracht zu ziehen Entscheide über Voraussetzungen oder Durchführung des Verfahrens, wie

aa) Fragen über den Charakter der Urkunde (Wertpapierqualität) ⁶.

bb) Fragen über Besitz und Verlust ⁷, nicht aber über die Glaubhaftmachung, sofern nicht diesbezüglich eine gesonderte Verletzung von Bundesrecht vorliegt (Art. 43 Abs. 3 OG, Verletzung von bundesrechtlichen Beweisvorschriften) ⁸,

cc) Fragen über die Zuständigkeit ⁹; der Berufung unterliegen auch Kompetenzkonflikte, die infolge der Einführung von kantonalen Gerichtsstandsbestimmungen über die KE entstehen können (vgl. § 416 Zch. ZPO, Gerichtsstand der gelegenen Sache bei KE von Grundpfandtiteln). Die staatsrechtliche Beschwerde ist hiefür gemäss Art. 84 Abs. 2 OG ausgeschlossen. Diese ist nur möglich, wenn kein anderes bundesrechtliches Rechtsmittel gegeben ist, was bei der KE aber eindeutig der Fall ist.

dd) Eine Berufung ans Bundesgericht ist auch bezüglich des Zahlungsverbotes möglich, denn in Art. 45 lit. b OG sind die diesbezüglichen Bestimmungen des OR als der Berufung unterliegend erwähnt.

3. Notwendig ist die Einhaltung der Berufungsfrist gemäss Art. 54 OG: die Berufung ist innert 20 Tagen, vom Eingang der schriftlichen Mitteilung des Entscheides an gerechnet bei der Behörde einzulegen, die den Entscheid gefällt hat.

4. Nicht der Berufung unterliegen die mit einem KE-verfahren verbundenen Wirkungen. Der Art. 45 OG unterstellt der Berufung nur das, was innerhalb des KE-verfahrens vor sich geht ¹⁰.

Es bleibt noch nachzutragen, dass bei einer Annahme des KE-antrages

⁶ Vgl.: BGE 35 II 620, 40 II 36, 49 II 352, 43 II 798, 51 II 314, 64 II 32; Praxis Bd. 30 N. 61; BIZR Bd. 13 N. 139, 23 N. 94, 29 N. 92.

⁷ BGE 66 II 37, BIZR Bd. 8 N. 49, SJZ Bd. 14 S. 362, Bd. 44 S. 248.

⁸ SJZ Bd. 44 S. 245.

⁹ BGE 51 II 354, 74 II 244, BIZR Bd. 43 N. 53.

¹⁰ Ueber die Berufungsgründe vgl. weiter die ausführlichen Darlegungen von Guldener S. 497 ff., Birchmeier zu Art. 43 OG.

und anschliessender Aussprechung des KE-urteils die sonst regelmässig eintretende Supensierung der Rechtskraft des Urteils bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist nicht zu beachten ist, denn es hat sich ergeben, dass nach erfolgter KE ein Ergreifen von Rechtsmitteln ausgeschlossen ist.

III. Anhang: Die Frage der Kostentragung bei der KE

Entsprechend dem Charakter des KE-verfahrens als Verfahren der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit kann die Tragung der Kosten desselben nur dem Antragsteller obliegen (mit ev. Abwälzung auf den Verlierer, sofern nicht dieser selber die KE beantragt). Mit Ausnahme der Kosten einer Berufung ans Bundesgericht (Art. 149 ff. OG) entscheidet sich die Frage der Kosten im KE-verfahren nach kantonalem Recht.

Gemäss §§ 410 ff. der Zürcher ZPO beschliesst das Obergericht im KE-verfahren auf Grund der ihm vom Bezirksgericht gestellten Anträge. Für diesen Fall des Vorgehens bestimmt § 236 GVG Zch., dass das Bezirksgericht die Kosten des Verfahrens auch für das Obergericht beziehen soll. Der Gesuchsteller hat demnach seine sämtlichen Zahlungen an das Bezirksgericht zu leisten.

Der § 383 Zch. ZPO führt aus, dass nach Eingang des Gesuches das Gericht über die Höhe des zu leistenden Kostenvorschusses oder der Vorausbezahlung bestimme. Durch diese Vorschrift werden die Bestimmungen der §§ 56 ff. Zch. ZPO betr. Gerichtskosten teilweise ersetzt. Dort ist nämlich nur vorgesehen, dem Antragsteller für Barauslagen einen Vorschuss zu verlangen, nicht hingegen eine Vorauszahlung für weitere Kosten. Gerade dies wird jedoch im KE-verfahren vom Antragsteller gefordert. Nach der Praxis der Zürcherischen Bezirksgerichte hat der Antragsteller bei Anhandnahme seines Gesuches einen Betrag zu entrichten, der die mutmasslichen Kosten des Verfahrens deckt. Die Einforderung dieses Betrages wäre auf Grund des § 56 Zch. ZPO nicht möglich; ein Teil dieser Bestimmung jedoch behält ihre Gültigkeit, auch wenn dies aus den Vorschriften über das nichtstreitige Verfahren nicht hervorgeht (vgl. § 380 Zch. ZPO, Anwendbarkeit auch der allgemeinen Bestimmungen über den Zivilprozess). Wird nämlich diese Vorauszahlung nicht geleistet, so unterbleibt die weitere Behandlung des Antrages (ausgenommen bei unentgeltlicher Prozessführung gemäss §§ 81 ff. Zch. ZPO). Mit der Vorauszahlung sind folgende Kosten sicherzustellen:

1. Gerichtskosten des Bezirks- und Obergerichts,
2. Insertionskosten im Aufgebotsverfahren (Art. 984, 986 Abs. 2, 1077),
3. Diverse Spesen.

Die Höhe des zu entrichtenden Betrages wird also zum voraus bestimmt, wobei sich das Gericht auf seine Erfahrungen in ähnlichen Fällen stützen kann. Ergeben sich Differenzen zwischen Vorauszahlung und wirklichen Kosten, so werden diese nach Abschluss des Verfahrens bereinigt, eventuell aber auch eine Erhöhung der Vorauszahlung verfügt, welch nachzuleistender Betrag denselben Bestimmungen unterliegt wie die Vorauszahlung zu Beginn des Verfahrens¹¹.

IV. Kapitel

DIE EINZELNEN ARTEN VON WERTPAPIEREN UND IHR VERHÄLTNIS ZUR KRAFTLOSERKLÄRUNG

Es kann sich im Rahmen dieser Arbeit nur darum handeln, die verschiedenartigen Typen von Wertpapieren in ihren für die KE wichtigen Punkten darzustellen. Wesentlich scheint vor allem die Frage, welches der beiden KE-verfahren (Art. 981 ff. oder 1072 ff. ev. 977) für die einzelne Urkunde anzuwenden sein wird. Sodann haben im allgemeinen Teil dieser Arbeit nicht sämtliche Spezialitäten der einzelnen Verfahren die nötige Beachtung gefunden. Auch dies wird hier nachgeholt werden müssen. Aus den speziellen Betrachtungen wird auch hervorgehoben, wie das KE-recht in gewissen Teilen noch verbessert werden könnte, und vor allem wird sich die Frage erheben, wie weit ein KE-verfahren für gewisse einzelne Papiere überhaupt noch opportun ist.

Als praktisch hat sich dabei eine Gliederung des Stoffes in zwei Teile erwiesen, nämlich in

1. die typischen Inhaberpapiere, und
2. die typischen Ordrepapiere.

Bei dieser Einteilung des Stoffes kann erreicht werden, dass weder die einzelnen Verfahrensarten, noch die zusammengehörenden Urkundenarten zu stark auseinandergerissen werden. Die Namenpapiere nehmen überall eine gewissermassen ergänzende Stellung ein.

¹¹ Vgl. Sträuli zu §§ 383 N. 1, 380 N. 2 Zch. ZPO, Guldener S. 314 N. 9, Zimmerli S. 21, Cudkowicz S. 110 Ziff. II,

Für Papiere, die in der folgenden Aufzählung nicht speziell erwähnt werden, ist die KE gemäss der Art des Papiers anzuwenden, unter Umständen aber auch mit den im Folgenden zu besprechenden Einschränkungen (siehe «Namenaktien»).

§ 16 Die hauptsächlich nach Art. 981 ff. kraftlos zu erklärenden Wertpapiere

I. Mitgliedschaftspapiere ^{1a}

A. Aktien ^{1b}

1. Inhaberaktien:

Art. 622, 626 Ziff. 3, 683, 688; 10/11 Schl. T. Es ergibt sich klar, dass die Inhaberaktien gemäss Art. 981 ff. kraftlos zu erklären sind ².

2. Auf den Namen ausgestellte Aktien:

Art. 622, 626 Ziff. 3, 627 Ziff. 8, 684, 685/6; 10 Schl. T. Mit Absicht wurde der Begriff «Namenaktien» im Untertitel nicht verwendet. Unter diesem Begriffe kann nämlich sowohl ein Recta- (Namen-)papier (Art. 627 Ziff. 8), als auch ein Ordrepapier (Art. 684) verstanden werden. Aus diesem Grunde sollen denn auch zwei verschiedene Begriffe Verwendung finden: Rectaaktien und Ordreaktionen. Weiter in den Streit um den Charakter der auf den Namen ausgestellten Aktien einzugreifen ist nicht Aufgabe dieser Arbeit ³.

^{1a} Der Art. 981, Abs. 1, gibt eine Aufzählung von Wertpapieren, welche heute meist als Inhaberpapiere ausgestellt werden. Seine Aufzählung ist nicht vollständig; sie sagt auch nichts endgültiges über den Charakter einer Urkunde aus; sie dient lediglich der Erwähnung von Beispielen. Es werden sich daher einige Ergänzungen ergeben.

^{1b} Die sog. Stamm-, Vorzugs-, Prioritäts- und Gratisaktien werden hier nicht besonders erwähnt, denn in bezug auf die KE sind sie wie die gewöhnlichen Aktien zu behandeln. Vgl. dazu Siegwart Komm. zu Art. 654/6 S. 402 ff.; Guhl S. 434, 451/2; Schucany zu Art. 657 N. 1 S. 73; Contat S. 68; Kolb S. 9 ff.; Schw. AG Bd. 10 S. 166.

² Siegwart Komm. zu Art. 622 III S. 168 ff.; Guhl S. 436; Beeler S. 210 ff.; von Steiger S. 154/5; Contat S. 39 ff.; Cudkowicz S. 149; Lewin S. 16; Schw. AG Bd. 17 S. 93 ff.

³ Schucany zu Art. 622 S. 16/7; zu Art. 684/6 S. 114; von Steiger S. 138, 155 ff.; Guhl S. 437/40; Beeler S. 202 ff.; Conne S. 40 ff.; Contat S. 49 ff.; Kolb S. 5 ff.; 19 ff.; Bruderer S. 50 ff.; Lewin S. 9 ff.; Pestalozzi-Henggeler S. 21 ff.; BIZR Bd. 11 N. 64, 23 N. 94, 46 N. 178 (S. 374); Schw. AG Bd. 10 S. 166 ff., 18 S. 97 ff., 137 ff., 177 ff., 19 S. 5 ff., 119 ff.; SJZ Bd. 41 S. 177, 42 S. 65, 44 S. 255.

Vgl. auch noch Jacobi S. 450 ff. (spez. 473) mit der Unterscheidung zwischen technischen und einfachen Ordrepapieren.

a. Für die *Rectaaktien* ergibt sich nach Gesetz die Anwendbarkeit des Art. 977, d. h., es wird in den meisten Fällen zu einer KE gemäss Art. 981 ff. kommen.

Für Recta- als auch für Ordreaktionen ist die Eintragung im Aktienbuch (Art. 685 ff.) nicht Voraussetzung zu einer KE. Eine derartige Vorschrift würde sich bei einem Verlust zwischen Erwerb und Eintragung ungerecht auswirken. Als Mittel zur Glaubhaftmachung des KE-antrages kann natürlich das Aktienbuch wertvolle Dienste leisten ⁴.

b. Für die *Ordreaktionen* ergäbe sich nach Gesetz in bezug auf die KE die Anwendbarkeit der Art. 1072 ff. (Art. 1145 ff., spez. Art. 1152 Abs. 2).

Hierzu ist nun aber zu sagen: Das aOR führte in seinem Art. 844 noch aus, dass auch die «Namenaktien» als Ordrepapiere bezüglich der KE dem Inhaberpapierrecht unterstellt sein sollen ⁵. Diese Bestimmung ist nicht in das revidierte OR aufgenommen worden. Man muss sich aber fragen, ob sie nicht auch heute noch von Nutzen wäre. Der Umstand nämlich, dass die Art. 1072 ff. ausgesprochen auf die KE von Wechseln und anderer typischer Ordrepapiere (z. B. Check) zugeschnitten sind, ergibt gewisse Schwierigkeiten bei der Unterstellung der Ordreaktionen unter diese Bestimmungen, solche Schwierigkeiten, die diese Unterstellung geradezu ausschliessen müssen.

Auf die Ordreaktionen ist der Art. 1076 Abs. 3 unmöglich anwendbar, seine Fristbestimmungen können nicht gelten für Ordreaktionen. Mit diesem Artikel ist auch die Nichtveröffentlichung des KE-urteils im Wechselrecht in Zusammenhang zu bringen. Für Ordreaktionen sollte jedoch eine Veröffentlichung des KE-urteils vorgeschrieben sein. Auch die Vorlegungsfrist gemäss Art. 1076 Abs. 1 und 2 dürfte für die Ordreaktionen zu kurz sein, obschon es hier in der Hand des Richters läge, dieselbe zu verlängern. Was geschieht sodann mit Coupons, welche noch mit einer verloren gegangenen Ordreaktion zusammenhängen können? Das Wechselrecht sieht hierfür überhaupt nichts vor, dagegen finden sich entsprechende Bestimmungen bei den Inhaberpapieren (Art. 982 Abs. 2). Auch die Ausstellung einer neuen Urkunde kann nicht verlangt werden. Alle diese Tatsachen lassen vernünftigerweise nur einen Schluss zu: *Die Ordreaktionen sind in bezug auf die KE dem Inhaberpapierrecht zu unter-*

⁴ Schucany zu Art. 622 N. 2 S. 16/7; von Steiger S. 139; Pestalozzi-Henggeler S. 41 (gleiche Ansicht); Schw. AG Bd. 155 S. 123 ff., spez. S. 127 VI.

⁵ Zimmerli S. 26.

stellen (Art. 981 ff.). Es würde dies alle vorhin erwähnten Schwierigkeiten ausschliessen, zudem dürfte damit für eine korrektere Durchführung der KE-verfahren gesorgt sein.

Sollte diese Lösung jetzt noch nicht möglich sein, weil sie dem Gesetz im Grunde genommen widerspricht, so wäre sie auf alle Fälle bei einer spätern Revision zu berücksichtigen⁶.

B. Andere aktienrechtliche Wertpapiere

1. *Interimsscheine*⁷:

Art. 688.

Sie sind in bezug auf die KE den Aktien gleichzustellen, wobei auf den Namen lautende Interimsscheine für Inhaberaktien als Namenpapiere zu behandeln sind.

2. *Genusscheine*⁸:

Art. 657/8 (981 Abs. 1)

Ueber den Wertpapiercharakter der Genusscheine sagt das Gesetz nichts aus, ausgenommen in Art. 981 Abs. 1, wo der Genusschein als Beispiel eines Inhaberpapiers bezeichnet wird. Ihre Ausstellung als Namen- oder Ordrepapiere ist aber ebenfalls möglich, so dass sich für die KE die dementsprechenden Bestimmungen auch verwenden lassen. Es fragt sich allerdings, ob nicht auch hier für sämtliche Arten von Genusscheinen die KE-vorschriften für die Inhaberpapiere am nützlichsten wären.

C. Genossenschaftsanteilscheine⁹

Art. 833 Ziff. 1, 849, 852, 853 spez. dessen *Abs.* 3. Nach Gesetz können die Genossenschaftsanteilscheine nicht als Wertpapiere ausgestellt werden (Art. 853 Abs. 3). Aus diesem Grunde wären sie hier auch gar nicht zu erwähnen; die Erfahrung zeigt jedoch, dass verschiedentlich Genossenschaftsanteilscheine gerichtlich kraftlos erklärt werden. Diese Praxis

⁶ Gleiche Ansicht Cudkowicz S. 149, aber ohne näherer Begründung; anderer Ansicht Pestalozzi-Henggeler S. 41; vgl. auch noch BGE 49 II 356; und Schw. AG Bd. 19 S. 29 betr. KE eigener Aktien (Art. 871 ZGB).

⁷ Schucany zu Art. 688 S. 118; von Steiger S. 162 (nach ihm sind die Interimsscheine keine Wertpapiere, wobei er diese Ansicht auf den Art. 688 Abs. 2 stützt); Guhl S. 438/9; Beeler S. 227; Lewin S. 118; Cudkowicz S. 150.

⁸ Siegwart Komm. zu Art. 657/8 N. 11, S. 419; Schucany zu Art. 657 N. 1 S. 73; von Steiger S. 65 ff.; Guhl S. 434; Beeler S. 279; Contat S. 65 ff.; Kolb S. 9 ff., 15 ff.; Cudkowicz S. 162 nur teilweise richtig.

⁹ Guhl S. 546; Contat S. 85 ff.; Fisch S. 112 ff.

muss energisch abgelehnt werden. Eine gerichtliche KE der Genossenschaftsanteilscheine ist nicht als praktische Notwendigkeit anzusehen, solange das Gesetz ihren Wertpapiercharakter ablehnt. Nur eine Ver-
kennung des Zweckes der KE kann eine solche befürworten lassen¹⁰. Betrachtet man die Gründe, welche in einem bestimmten Fall zu einer gerichtlichen KE von Genossenschaftsanteilscheinen anerkannt worden sind, so lässt sich die Unnötigkeit der KE klar erkennen.

In Akten des Bezirksgerichtes Zürich ist mir folgendes Schreiben einer Genossenschaft aufgefallen:

«Wir haben den Gesuchsteller aufgefordert, das Aufgebotsverfahren anhängig zu machen. Obschon die Anteilscheine der Genossenschaft ja eigentlich *keine Wertpapiere* sind, wirken sie im praktischen Geschäftsleben doch als solche und werden z. B. recht offen belehnt. Wir müssen uns deshalb sichern, damit nicht später von dritter Seite Ansprüche gegen uns gestellt werden. Wir wären daher selbst recht froh, wenn das Aufruf- und KE-verfahren durchgeführt werden könnte.»

Die Annahme dieses Gesuches durch das Obergericht ist klar als unrichtige Anwendung von Bundesrecht zu bezeichnen (Art. 43 Abs. 2 über die Berufungsgründe). Dir Art. 853 Abs. 3 und 971 Abs. 1 lassen sich nicht kombinieren, und auch das Argument des Obergerichts, eine gerichtliche KE von Genossenschaftsanteilscheinen widersprechen keiner positiven Norm des Gesetzes, ist nicht stichhaltig¹⁰.

Richtigerweise ist nun aber das Obergericht in neuester Zeit (Januar 1950) von dieser oben genannten Ansicht abgekommen und hat die gerichtliche KE von Genossenschaftsanteilscheinen abgelehnt.

So wie die Genossenschaftsanteilscheine nicht gerichtlich kraftlos erklärt werden können, unterliegen auch die Anteilscheine der G. m. b. H. nicht diesem Verfahren (Art. 789/91)¹¹.

II. Obligationen und Pfandbriefe¹²

Die in Art. 981 Abs. an zweiter Stelle aufgezählten Wertpapiere sind die Obligationen.

¹⁰ Die KE von Genossenschaftsanteilscheinen wurde in BIZR Bd. 29 N. 92 noch abgelehnt. Vgl. vorn § 4.

¹¹ Contat S. 72 ff.; Janggen und Becker, Komm. G. m. b. H. Bern 1939 zu Art. 789 N. 7 ff.

¹² Definition der Obligation bei Amstutz/Wyss, das eidgenössische Stempelsteuerrecht, Zürich 1930 und BGE 60 I 377; Beeler S. 229; Bruderer S. 67/8; Zimmerli S. 26.

Mit Ausnahme der Anleihentitel (-obligationen) mit Grundpfandrecht (Art. 875 ff. ZGB) und der Pfandbriefe (BG über die Ausgabe von Pfandbriefen vom 25. 6. 1930), haben die Obligationen schlechthin im Gesetz keine besondere Regelung erfahren; sie sind nur im Art. 981 Abs. 1 erwähnt (mit einer unverbindlichen Bezeichnung ihres Wertpapiercharakters), dazu noch im 34. Titel des OR, welcher die Gläubigergemeinschaft bei Anlehensobligationen organisiert, über die Natur der Urkunde selber aber nichts aussagt (Art. 1156 ff.).

A. Anleihentitel mit Grundpfandrecht

Art. 875 ff. ZGB.

Diese Papiere sind in bezug auf die KE den gewöhnlichen Pfandtiteln (Schuldbrief und Gült) gleichgestellt (Art. 876, 870/1 ZGB), folglich sind die Art. 981 ff. auf alle Arten dieser Anleihenentitel anzuwenden.

Im Einzelnen vergleiche man die Ausführungen über die Pfandtitel, wo obige Papiere im Rahmen dieser Besprechung hingehören¹³.

B. Pfandbriefe

Die Pfandbriefe sind Obligationen ohne direktes Pfandrecht, daher *rein obligationenrechtliche* Papiere, im Gegensatz zu den Anlehensobligationen mit Grundpfandrecht. Gemäss Art. 7 des oben zitierten BG ist ihre Ausstellung sowohl auf den Inhaber als auch auf den Namen möglich. Meist sind sie Inhaberpapiere, dementsprechend auch die KE gemäss Art. 981 ff. durchzuführen.

Sind die Pfandbriefe auf den Namen ausgestellt, so werden sie nach allgemein herrschender Ansicht als Ordrepapiere angesehen (Art. 7 des BG über die Pf.-br. lautet gleich wie Art. 869 Abs. 2 ZGB). Damit ergibt sich erneut die unerfreuliche Tatsache, dass auch auf die Pfandbriefe, trotz ihrer anderweitigen Einheitlichkeit, zweierlei KE-verfahren anzuwenden wären (Art. 981 ff. und 1072 ff.). Die Problematik dieser Sachlage würde hier die Ausnahme rechtfertigen, entgegen dem Charakter der Urkunde die KE-bestimmungen über die Inhaberpapiere anzuwenden¹⁴.

¹³ Beeler S. 235.

¹⁴ Ueber dieses Problem vgl. Botsch, Bundesrat vom 14. Dezember 1925 zu Art. 7 des BG Pfandbriefe.

Sten. Bull. Ständerat 1928 S. 59, Nationalrat 1929 S. 727, Ständerat 1930 S. 94. Leemann Komm. zu Art. 917 N. 1 ff. ZGB; Brühlmann zu Art. 7 Pf.-br.-ges. S. 61 ff.,

C. Obligationen ohne besondere durch das Gesetz geregelte pfandrechtliche Sicherung

(Gewöhnliche Anleiheobligationen und Kassaobligationen)

Die Obligationen sind als Wertpapiere keinen besondern Form- und andern Vorschriften unterstellt (wie z. B. die Aktien, Art. 683). Ihre Ausgestaltung ist dem freien Willen der Parteien überlassen. Meist sind die Obligationen Inhaberpapiere, sie können aber auch Ordre- oder Namenpapiere sein.

Die KE richtet sich dementsprechend (Art. 977, 981 ff., 1072 ff.). Zu bemerken ist, dass zur Schaffung einer Ordreobligation die Ordreklausel in die Urkunde aufgenommen werden muss (Art. 1145), womit sich dann dieses Papier eindeutig den Art. 1072 ff. zur KE unterstellt; daraus entstehende Schwierigkeiten bei der KE sind in diesem Falle den Parteien zuzuschreiben¹⁵ (vgl. Art. 1152 Abs. 2). Eine besondere Bedeutung am schweizerischen Obligationenmarkt kommt den *Obligationen des Bundes und der SBB* zu. Eine KE dieser Obligationen ist immer in Bern einzuleiten, denn trotz der verschiedenen Zahlstellen, welche sich mit der Ausgabe dieser Obligationen befassen, wird nur Bern als Wohnsitz des Schuldners anerkannt (Art. 981 Abs. 2). Zuständig ist der Gerichtspräsident III in Bern (Art. 2 Ziff. 7 Berner ZPO).

Zahlungsverbote für diese Titel sind nur an der zentralen Stelle (Bern) anzubringen. Die Benachrichtigung der einzelnen Zahlstellen erfolgt intern.

Eine ganz spezielle Einrichtung besitzt die Wertschriftenverwaltung der Generaldirektion der SBB; sie lässt eine umfassende Couponskontrolle durchführen. Ueber die Möglichkeiten und Wirkungen dieser Einrichtung ist folgendes zu sagen:

Die Wertschriftenverwaltung weiss von jedem bei ihr eingehenden Coupon Ort und Zeit der Einlösung desselben. Wird ein Verlust einer SBB-Obligation sofort bemerkt, dann vermag diese Couponskontrolle nicht sehr viel zu helfen; für diesen Fall ist es am besten, sofort ein Zahlungsverbot zu erlassen.

Wesentlich wertvoller ist die Couponskontrolle dann, wenn ein Verlust der Urkunde erst nach längerer Zeit bemerkt wird (was z. B. sehr

S. 63 N 6: ohne nähere Grundangabe tritt er für die KE nach Art. 981 ff. ein, und zwar für alle Pfandbriefarten; Beeler S. 238 ff.; Bruderer S. 49 ff.; Schwalm S. 14/5; Cudkowicz S. 161 gleiche Ansicht wie Brühlmann (ohne Grundangabe).

oft der Fall ist bei Erbfällen). In diesem Moment kann die Couponskontrolle dazu beitragen, Ausgaben für eine schliesslich doch erfolglose KE zu verhindern, indem sie es ermöglicht, festzustellen, ob die betreffende Urkunde sich noch in Zirkulation befindet oder nicht. Es ist sogar möglich, dass durch diese Kontrolle der Inhaber der gesuchten Obligation festgestellt werden kann.

Weiter gibt die Wertschriftenverwaltung der SBB alljährlich ein Verzeichnis derjenigen Papiere heraus, deren Zahlung beanstandet wird, wobei aus der Liste genau ersichtlich ist, ob das beanstandete Papier bereits kraftlos erklärt ist, oder ob es erst einem Zahlungsverbot unterliegt. Die Vorteile dieser Liste für Erwerber von SBB-Obligationen sind offensichtlich. Bei Verlust einer SBB-Obligation wendet man sich deshalb mit Vorteil zuerst an die Wertschriftenverwaltung der SBB ^{16/17}.

III. Schuldbrief und Gült

Art. 842 ff., 870/1 ZGB.

Unter dem Titel KE regelt das ZGB zwei Fälle von KE, in Art. 870 die KE bei Papierverlust, in Art. 871 die KE bei längerer Unbekanntheit des Gläubigers.

Da die Bestimmungen über diese KE-möglichkeiten der Pfandtitel für Schuldbrief und Gült gemeinsam gelten, erübrigt sich eine gesonderte Behandlung der beiden Pfandtiteltypen in bezug auf die KE (vgl. Marginale zu Art. 854 ZGB) ¹⁸.

A. Die KE gemäss Art. 870 ZGB

Für Schuldbrief und Gült ist die Frage der KE eindeutig geregelt, indem der Art. 870 ZGB bestimmt, es seien für diese Papiere bezüglich der KE die Vorschriften über die Inhaberpapiere massgebend (Art.

¹⁵ Vgl. Cudkowicz S. 162. Er erklärt, alle Obligationen seien gemäss Art. 981 ff. kraftlos zu erklären. Dieser Ansicht kann nicht beigegeben werden.

¹⁶ Vgl. auch Cudkowicz S. 167/9.

¹⁷ Meines Erachtens ist dieses Verzeichnis den Veröffentlichungen im Handelsamtsblatt in der Weise gleichzustellen, da es auch von demselben Personenkreis gelesen werden muss. Vgl. BGE 25 II 847.

¹⁸ Die Grundpfandverschreibung (Art. 824 ff. ZGB) ist nicht Wertpapier und unterliegt daher nicht der KE. ZGBR Bd. 5 S. 75, 16 S. 220.

981 ff.), unter Heraufsetzung der Aufgebotsfrist (Art. 983) auf ein Jahr (Art. 870 Abs. 2 ZGB) ¹⁹.

Damit ist dem bei den andern bisher besprochenen Wertpapieren aufgetretenen Problem der KE nach Ordrepapierrecht (Art. 1072 ff.) — denn die auf den Namen ausgestellten Pfandtitel sind Ordrepapiere — von vornherein der Boden entzogen ²⁰.

Weitere Ausführungen zur KE der Pfandtitel erübrigen sich deshalb. Es sind aber folgende Einzelprobleme, welche im Zusammenhang mit der KE noch näher besprochen werden müssen.

1. *Altrechtliche Pfandtitel:*

Im Hinblick auf die oft sehr lange Dauer von Grundpfandrechten ist es möglich, dass in verschiedenen Kantonen noch altrechtliche Pfandtitel in Zirkulation sind (vgl. Art. 22 Schl. T. ZGB).

Müssen derartige Urkunden kraftlos erklärt werden, muss das neue Recht zur Anwendung gelangen (ZGB/OR), denn es besteht kein innerer Grund, altrechtliche Pfandbriefe — vorausgesetzt sie sind Wertpapiere — noch nach kantonalem Recht kraftlos zu erklären ²¹. Besonders wichtig ist, dass die Publikationen nach den Vorschriften des ZGB/OR erfolgen, weil heutzutage allein diese Art von Veröffentlichung beachtet wird. Gerade dieser Tatsache könnte das alte kantonale Recht zu wenig Rechnung tragen.

Ist ein altrechtlicher Titel kraftlos erklärt worden, so erhebt sich die Frage, ob bei Neuausfertigung einer Urkunde zugleich auch ein neu-rechtliches Pfandrecht begründet werden soll. Diese Frage kann sich unter Umständen nach kantonalem Recht entscheiden, grundsätzlich ist es aber so, dass die KE das Recht selber nicht berührt, somit das alt-rechtliche Pfandrecht ohne entgegenstehende Gesetzesvorschriften bestehen bleibt, demzufolge auch wieder ein altrechtlicher Titel ausgestellt werden muss ²². Wird ein neu-rechtliches Pfandrecht geschaffen, so muss auf der neuen Urkunde vermerkt werden, wie das Recht zustandegekom-

¹⁹ Wieland Komm. zu Art. 870 ZGB; Leemann Komm. zu Art. 870 ZGB N. 1 ff.

²⁰ Wieland Komm. zu Art. 869 ZGB N. 4; Leemann Komm. zu Art. 869 ZGB N. 13; Becker S. 252 ff., 260 ff.; Zimmerli S. 32 ff.; Bruderer S. 45 ff.; Schnyder von Wartensee S. 31 ff.

²¹ Mutzner Komm. Schl. T. ZGB Bern 1926 a. Aufl. zu Art. 24 Schl. T. N. 5; 22. N. 5'7.

²² Mutzner zu Art. 22 Schl. T. N. 15; Reichel, Komm. Schl. T. ZGB Zürich 1916 zu Art. 22 Schl. T. N. 8 13.

men ist ²³ (dies ist nicht notwendig dann, wenn sämtliche altrechtlichen Pfandrechte eines Kantons umgewandelt werden).

Für weitere Einzelheiten muss auf das kantonale Recht verwiesen werden ²⁴.

2. *Der Gerichtsstand* ²⁵:

In dieser strittigen Frage kann auf die Ausführungen über den Gerichtsstand im allgemeinen verwiesen werden. Es sei hier nur bemerkt, dass der Gerichtsstand der gelegenen Sache für die KE der Pfandtitel nicht als unpraktisch erscheint ²⁶. Ueber die Möglichkeiten seiner Anwendung entscheidet jedoch das OR, d. h. es legt den Gerichtsstand an den Wohnort des Schuldners (Art. 981 Abs. 2).

3. *Wirkungen der KE auf die Pfandtitel*:

Weil das KE-urteil in gewissem Masse die Originalurkunde ersetzt, so kann mit dem KE-urteil Löschung des Grundbucheintrages verlangt werden wie mit dem Pfandtitel selber. Nur ist es dann aber wiederum erforderlich, das KE-urteil zu entkräften (vgl. Art. 864 ZGB); Art. 64 Grundbuch-VO.

Weil zur Löschung des Grundbucheintrages die Vorweisung des Pfandtitels unumgänglich ist, so müssen auch in Tilgungsabsicht vernichtete Pfandtitel zur KE zugelassen werden, denn es kann vorkommen, dass die Parteien in Unkenntnis dieses Sachverhaltes bei Aufhebung des Rechtsverhältnisses die Urkunde zerreißen (Art. 870 Abs. 3 ZGB). Zu beachten ist für diesen Fall, dass eine Abkürzung des KE-verfahrens nicht in Frage kommt, denn der Richter darf den Beweis der Vernichtung der Urkunde nicht annehmen ²⁷.

²³ Verordnung betr. das Grundbuch vom 22. 2. 1910 Art. 53 Abs. 3; dagegen ZBGR Bd. 10 S. 33.

²⁴ Vgl. dazu Reichel Komm. Schl. T. Art. 22 N. 4; Schönenberger, die kantonalen Erlasse zum ZGB/OR Zürich 1939; ZBGR Bd. 27 S. 321.

²⁵ Vgl. vorn § 11 II. Wieland Komm. zu Art. 870 ZGB; Leemann Komm. zu Art. 870 ZGB N. 16; Cudkowicz S. 158.9, 161; SJZ Bd. 43 S. 53; ZBGR Bd. 23 S. 224, 231, 27 S. 143.

²⁶ Besonders wenn der Schuldner sich im Ausland aufhält.

²⁷ Leemann Komm. zu Art. 870 ZGB N. 67; Beeler S. 260/1. ZBGR Bd 10 S. 45, 12 S. 167: Zinsen sind trotz KE-Verfahren weiter zu beziehen, eventuell zu hinterlegen.

4. Eigentümerpfandbriefe:

Diese Besonderheit des Grundpfandrechtes hat die Konsequenz, dass auch der Schuldner selber zur KE antragsberechtigt sein kann (Art. 859 Abs. 2 ZGB ²⁸).

5. Zinscoupons von Pfandtiteln:

Art. 870 Abs. 1 ZGB.

Dieser Artikel des ZGB verschafft dem Verlierer eines Pfandtitel-Zinscoupons die Möglichkeit, diesen wie die Urkunde selber kraftlos erklären zu lassen ²⁹; dies im Gegensatz zu Art. 987, welcher den Verlierer eines andern einzelnen Zinscoupons auf eine dreijährige Wartefrist verweist (Verjährung fünf Jahre, Art. 128 Ziff. 1). Nun wäre es meines Erachtens falsch, wollte man dem Verlierer eines Zinscoupons dieses vollständige KE-verfahren in jedem Falle auferlegen. Der Art. 870 Abs. 1 ZGB will dem Verlierer nur die *Möglichkeit* zu sofortiger KE geben für den Fall, dass der Zinsbetrag, welcher im Coupon verbrieft ist, sehr hoch ist. Denn im Gegensatz zu den Aktien und Obligationen, deren Nennwert Fr. 1000.— selten übersteigt, können die Pfandtitel recht namhafte Beträge verbrieften, demzufolge Zinscoupons einen Wert von mehreren tausend Franken aufweisen. Ist aber der im Pfandtitel-Coupon verbrieftete Betrag niedrig, so soll der Verlierer desselben auch den Art. 987 anwenden können ³⁰.

B. Der Spezialfall des Art. 871 ZGB

Obschon der Art. 871 ZGB unter dem Titel der KE im Gesetz aufgeführt ist, hat er doch mit dieser recht wenig gemein. Nur gerade die KE des Papiers und der Ausschluss eventueller Drittberechtigter erinnern an die eigentliche KE, wobei aber die weiteren Wirkungen dieser KE wieder ganz andere sind (vgl. Art. 871 Abs. 2 ZGB). Auch das Verfahren gemäss Art. 871 ZGB ist ein ganz anderes als bei der KE gemäss Art. 870 ZGB.

²⁸ Leemann Komm. zu Art. 870 ZGB N. 12; Beeler S. 261.

²⁹ Zinscoupons meist nur bei Serientiteln, vgl. Leemann Komm. zu Art. 870 ZGB N. 9; Zimmerli S. 34; Cudkowicz S. 156, spez. auch S. 152 ff.

³⁰ Leemann Komm. zu Art. 870 N. 8: da Zinscoupons nicht im Grundbuch eingetragen sind, ist für sie Löschung im Grundbuch auch nicht erforderlich, d. h. in Tilgungsabsicht zerrissene Coupons können nicht kraftlos erklärt werden.

Der Grund, warum das Gesetz unter den Bedingungen des Art. 871 ZGB eine Art KE der Pfandtitel vorsieht, ergibt sich aus den Vorschriften des Art. 807 ZGB, wonach Forderungen, für welche ein Grundpfand eingetragen ist, der Verjährung nicht unterliegen sollen. Das Verfahren des Art. 871 ZGB bildet den Ausweg aus den Konsequenzen des Art. 807 ZGB, kann aber zudem auch noch zur Grundbuchbereinigung verwendet werden ³¹.

Die *Voraussetzungen zu diesem Verfahren* sind dementsprechend ganz andere als bei der KE gemäss Art. 870 ZGB. Es ist nicht Besitz und Verlust der Urkunde glaubhaft zu machen, sondern der Gesuchsteller (der Eigentümer des verpfändeten Grundstückes) muss nachweisen (vgl. Abs. 2 zu Art. 871 ZGB), es sei ihm der Gläubiger aus der Urkunde seit zehn Jahren unbekannt, ebenso, dass während dieser Zeit keine Zinsen gefordert worden seien.

Es fragt sich nun aber, *was der Gesetzgeber unter Unbekanntheit des Gläubigers verstanden haben möchte*.

Meint er absolute Unbekanntheit — dann sind aber die gemäss Art. 871 Abs. 1 ZGB für das Verfahren anzuwendenden Bestimmungen über die Verschollenerklärung (Art. 35 ff. ZGB) besonders in bezug auf die örtliche Zuständigkeit und die Publikation der Aufrufe schwer zu verstehen, oder meint er, das Verfahren sei dann gegeben, wenn der vor zehn Jahren noch bekannt gewesene Gläubiger sich seither nicht mehr bemerkbar gemacht habe, wobei dann dieser vermisste Gläubiger nach den Bestimmungen über die Verschollenerklärung zu suchen wäre.

Meines Erachtens bezweckt der Gesetzgeber mit dem Art. 871 ZGB eine Lösung dieser *beiden* Situationen, weil schliesslich beide auf die Dauer eine ungebührliche Belastung des Eigentümers des verpfändeten

³¹ Leemann Komm. zu Art. 871 ZGB N. 10; Beeler S. 261; Cudkowicz S. 157/8; vgl. noch Schw. AG Bd. 19 S. 29.

Ein ähnliches Verfahren wird angewendet zur Liquidierung von deutschen Vermögenswerten in der Schweiz. Dazu Bundesratsbeschluss vom 29. April 1947 über die Abänderung und Ergänzung des Bundesratsbeschlusses über die vorläufige Regelung des Zahlungsverkehrs zwischen der Schweiz und Deutschland, Art. 2, bzw. Art. 9 quater Ziff. 7: «Aktien und ähnliche in Wertpapieren verkörperte Rechte und Genossenschaftsanteile, die Deutschen in Deutschland an in der Schweiz gegründeten juristischen Personen direkt oder indirekt zustehen, durch gehörige Auskündung oder durch spezielle Aufforderung an den Eigentümer oder Besitzer einzuziehen und nötigenfalls nach einer Frist von mindestens 3 Monaten als kraftlos zu erklären, neue Titel ausstellen zu lassen und die damit verbundenen Rechte selber geltend zu machen. Von diesen Befugnissen wird die Schweizerische Verrechnungsstelle nur in besonders wichtigen oder dringlichen Fällen Gebrauch machen.

Grundstückes mit sich bringen. Allerdings kommt dies im Gesetz nicht klar zum Ausdruck ³².

Nun fragt sich aber weiter, ob auch der Abs. 2 des Art. 871 ZGB eine Voraussetzung zum Verfahren enthalte. Er bestimmt nämlich, dass der Titel nur dann kraftlos erklärt werde, wenn sich der Gläubiger nicht gemeldet habe, und *die Untersuchung mit grosser Wahrscheinlichkeit ergebe, dass die Forderung nicht mehr zu Recht bestehe*. Das könnte nun heissen, der Gesuchsteller habe den Nachweis zu erbringen, die Forderung sei getilgt worden oder anderweitig nicht mehr bestehend. Dem kann aber nicht so sein, denn sonst müsste diese Aeussderung, welche sich im Abs. 2 des Art. 871 ZGB befindet, weiter oben in Abs. 1 dieses Artikels vermerkt werden, wo die Bedingungen für den Antrag festgesetzt werden. Weiter ist auch nach dem Prinzip der Verschollenerklärung unwesentlich, ob der Vermisste noch Rechte geltend machen kann oder nicht. Es wird lediglich auf die Tatsache deren Nichtanmeldung abgestellt. Demnach enthält der Art. 871 Abs. 2 ZGB keine Voraussetzung des Verfahrens, ausgenommen die Bedingung, dass sich niemand gemeldet haben dürfe, soll die KE ausgesprochen werden dürfen, eine Tatsache, welche sich aber erst im Laufe des Verfahrens zu ergeben hat oder nicht.

Auf Grund dieser Voraussetzungen zu einem Verfahren gemäss Art. 871 ZGB ist zum Verfahren selber folgendes zu sagen:

Antragsberechtigt ist nach dem Gesetz nur der *Eigentümer des verpfändeten Grundstückes* (Art. 871 Abs. 1 ZGB). Den Kreis der Antragsberechtigten weiter zu ziehen, geht meines Erachtens nicht an; haben andere Personen noch Interesse an einer KE gemäss Art. 871 ZGB, so haben sie sich mit dem im Gesetz genannten Antragsberechtigten in Verbindung zu setzen ³³.

Sachlich zuständig für das Verfahren ist sowohl nach Art. 871 als auch nach Art. 35 Abs. 2 ZGB *nur der Richter*. Die Instanz bestimmen die kantonalen Gesetze (vgl. §§ 410 ff. Zch. ZPO, spez. §§ 416/7 und 420).

³² Leemann Komm. zu Art. 871 ZGB N. 1: pseudonym oder anonym ist nicht unbekannt im Sinne von Art. 871.

Beeler S. 261.

Nach Leemann Komm. zu Art. 871 ZGB N. 3 genügt Unbekanntheit des Aufenthaltsortes nicht (ebenso Cudkowicz S. 159). Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden, denn das ZGB lässt die Verschollenerklärung gemäss Art. 35 ff. ZGB ³⁴ bereits nach einer fünfjährigen Frist zu. Dabei werden an die Verschollenerklärung sehr oft noch schwerwiegendere Konsequenzen anschliessen als an eine KE gemäss Art. 871 ZGB.

³³ Entgegen dieser Ansicht Leemann Komm. zu Art. 871 N. 6.

Die Frage der *örtlichen Zuständigkeit* und die Art der *Publikation* bilden zusammen ein Problem für sich. Die oben unter den Voraussetzungen zum Verfahren an zweiter Stelle erwähnte mögliche Situation (bekannter Gläubiger seit zehn Jahren vermisst) wird sich meines Erachtens viel weniger als Voraussetzung zu einem Antrage ergeben als die zuerst dargelegte, weil dem Eigentümer des verpfändeten Grundstückes das Recht, ein Verfahren gemäss Art. 871 ZGB einzuleiten, erst dann zugestanden werden kann, wenn er vorher die Lage selber untersucht hat, d. h. seine eigenen Nachforschungen nach dem Gläubiger ergeben haben, dass er entweder keinen Gläubiger kennen oder denselben nicht ausfindig machen kann ohne richterliche Unterstützung, das Resultat dieser Nachforschungen aber eher eine absolute Unbekanntheit des Gläubigers sein wird.

Die Folge dieser Sachlage ist auf alle Fälle die, dass oft nicht eine bestimmte Person gesucht werden kann, sondern das Aufgebot nur nach einem bestimmten Titel nachfragen wird.

In bezug auf die Frage der *örtlichen Zuständigkeit* ergibt sich nun, dass der in Art. 35 Abs. 2 vorgesehene Gerichtsstand in gewissen Fällen überhaupt nicht angewendet werden kann, weil er die Bekanntheit einer Person voraussetzt. Wenn irgendwo, so ist es hier am Platze, den Gerichtsstand der gelegenen Sache vorzuschlagen, und zwar auch dann, wenn der in Art. 35 Abs. 2 ZGB vorgesehene Gerichtsstand noch angewendet werden könnte³⁴.

Dieser einheitliche Gerichtsstand kann aber nur unter einer Bedingung vorgeschlagen werden:

Das Verschwinden des Titels und das Aufhören der Zinsforderungen kann dem Verschwinden des Gläubigers zugeschrieben werden. Dies bedingt, dass versucht werden muss, die *Publikationen* im Verfahren gemäss Art. 871 ZGB in die für derartige Probleme (Verschollenerklärung) interessierten Kreise hineinzutragen. Da aber nicht in jedem Falle nur die Person des Gläubigers, sondern ebensoher die Urkunde selber gesucht werden muss, erscheint es als unumgänglich, dass auch die an Wertpapieren interessierten Kreise über das Verfahren orientiert werden, weil auch dort eventuell Kenntnisse über den Verbleib der Urkunde, und damit des Gläubigers, vorhanden sind.

³⁴ Diese Ansicht wird allgemein vertreten; vgl. Leemann Komm. zu Art. 870 ZGB N. 16; Wieland Komm. zu Art. 870 ZGB N. 6; Beeler S. 261; dagegen Cudkowicz S. 158 9; ZBGR Bd. 19 S. 19; vgl. vorn § 11 Anm. 7.

Nur unter der Bedingung, dass sämtliche Möglichkeiten der Publikation ausgeschöpft werden, kann der Gerichtsstand der gelegenen Sache in Frage kommen. Aber auch nur das derart durchgeführte Verfahren garantiert in jedem Falle die erforderliche Korrektheit.

Von der Berechtigung, diese vorgeschlagenen Massnahmen ergreifen zu können, sollte der Richter unter allen Umständen Gebrauch machen (Art. 36 Abs. 2 ZGB, vgl. auch § 416 Zch. ZPO).

Die Kosten dieses vorgeschlagenen Vorgehens werden nicht gering sein, es ist aber zu bedenken, dass dem Gesuchsteller durch dieses Verfahren eine erhebliche Last abgenommen werden kann.

Ueber die *Aufgebotsfristen* vgl. Art. 36 Abs. 3 ZGB. In bezug auf die *Art der Untersuchung des Antrages* sind Anhaltspunkte zu finden in Art. 871 Abs. 2 ZGB. Danach ist für das Verfahren gemäss Art. 871 ZGB das *Offizialverfahren* anzuwenden, und zwar noch ausgeprägter als bei der gewöhnlichen KE (vgl. hiezu §§ 411, 414, 417—20 Zch. ZPO) ³⁵. Es sei aber ausdrücklich festgehalten, dass der Antragsteller die Untersuchung nicht einfach dem Gericht überlassen darf, sondern er hat selber so weit als möglich Erhebungen anzustellen. Beim Verfahren nach Art. 871 ZGB ergibt sich nun tatsächlich, dass die Untersuchung sich in zwei Abschnitte aufteilt, dies im Gegensatz zu den Massnahmen, welche auf Grund des Art. 986 Abs. 1 ergriffen werden können. Es ist eine Untersuchung vor und nach dem Aufgebot anzustellen; besonders wichtig ist dabei die Tatsache, dass der Richter an die Annahme des Antrages nicht gebunden ist, wenn ihn die Untersuchung gemäss Art. 871 Abs. 2 ZGB nicht befriedigt ³⁶. Das Resultat dieser fernern Untersuchung muss ergeben, dass nach Ablauf der Aufgebotsfrist angenommen werden können muss, die Forderung bestehe höchstwahrscheinlich nicht mehr zu Recht. Dies kann, wie bereits gesagt, nicht heissen, der Untergang der Forderung müsse nachgewiesen werden, sondern dieser Satz bedeutet nur, dass darum, weil sich niemand gemeldet habe, zudem seit zehn Jahren keine Zinsen mehr gefordert worden seien, und auch die Untersuchung nach Ablauf der Aufgebotsfrist die hohe Wahrscheinlichkeit ergeben habe, dass ein Gläubiger nicht mehr vorhanden sei, die Urkunde kraftlos erklärt werden könne ³⁷.

³⁵ ZBGR Bd. 17 S. 296.

³⁶ Leemann Komm. zu Art. 871 N. 8, ZGB; Wieland Komm. zu Art. 871 ZGB.

³⁷ Cudkowicz S. 157/8.

*Das Verfahren gemäss Art. 871 ZGB wird aufgehalten, wenn*³⁸:

a) der Titel vorgewiesen wird,

b) der frühere Gläubiger erscheint, sei es nun mit oder ohne Urkunde. Unter Umständen kann er auch ohne Besitz doch weitere Auskunft geben, so dass sich eventuell die zehnjährige Frist nicht mehr ergibt, weil der frühere Gläubiger den Titel in der Zwischenzeit verkauft hat.

c) Nachweis der Vernichtung des Titels. Dann hat KE gemäss Art. 870 ZGB stattzufinden. Sind die Publikationen bereits im Handelsamtsblatt in gehöriger Weise schon für das Verfahren nach Art. 871 ZGB publiziert worden, so sind sie nun nicht mehr zu wiederholen (vgl. die Art. 983/4).

Die *Veröffentlichung des KE-urteils* wäre nach dem Verfahren über die Verschollenerklärung nicht notwendig, sie sollte aber unbedingt erfolgen, und zwar im Rahmen des Art. 986 Abs. 2³⁹.

Die *Wirkungen der KE nach Art. 871 ZGB* sind von denen der gewöhnlichen KE in verschiedener Hinsicht anders: Die KE betrifft hier Titel und Recht, was sich eindeutig aus Art. 871 Abs. 2 ZGB ableiten lässt; es wird der Titel kraftlos erklärt, und die Pfandstelle wird frei (Art. 813 ff. ZGB)⁴⁰.

Somit ist der Inhaber des Pfadtitels auf alle Fälle seiner Rechte verlustig gegangen, was auf der andern Seite zur Folge hat, dass der Eigentümer des verpfändeten Grundstückes von der Belastung befreit ist; die Pfandstelle steht wieder zu seiner Verfügung.

Ueber das eventuelle Nachrückungsrecht vgl. Art. 814 ZGB. Möglich ist, dass an Stelle des kraftlos erklärten Pfandtitels ein neuer ausgestellt wird, welcher dann dem Gesuchsteller zur Verfügung steht⁴¹, sofern er der Schuldner der untergegangenen Forderung war. In bezug auf die *Rechtsmittel* kann auf die Besprechung derselben im allgemeinen Teil dieser Arbeit verwiesen werden, auf alle Fälle untersteht auch das Verfahren nach Art. 871 ZGB der Berufung an das Bundesamt, vgl. Art. 45 lit. b OG⁴².

³⁸ Leemann Komm. zu Art. 871 ZGB.

³⁹ ZBGR Bd. 11 S. 180 anderer Ansicht.

⁴⁰ Vgl. VO Grundbuch Art. 63.

⁴¹ Leemann Komm. zu Art. 871 ZGB N. 9. Cudkowicz S. 158.

⁴² Vgl. § 15 I.

IV. Sparhefte und Papiere ähnlicher Art

Sparhefte können als Wertpapiere ausgestellt sein, sie sind aber meistens blosser Beweisurkunden. Die gerichtliche KE von Sparheften ist nur dann zulässig, wenn sie unzweideutig als Wertpapier qualifiziert werden müssen; das Verfahren richtet sich nach der Art der Ausstellung der Urkunde als Namen-, Inhaber- oder Ordrepapier.

Besonders zu berücksichtigen ist der Art. 9 Schl. T. Im übrigen sei auf die umfangreiche Literatur und Judikatur verwiesen⁴³.

V. Versicherungspolice

Art. 13, 97 VVG.

Der Streit, wie weit die Versicherungspolice Wertpapier sei oder nicht, braucht hier nicht behandelt zu werden. Es soll festgehalten werden, dass die Versicherungspolice unbeachtet dieses Problems gerichtlich kraftlos erklärt werden *kann*, die gerichtliche KE aber nicht der einzig mögliche Weg ist, den Verlust einer Versicherungspolice auszugleichen. In der Regel kommt die gerichtliche KE nur dann in Frage, wenn die Ausstellung einer Ersatzurkunde verlangt wird. Dies wird auch als der einzige Fall betrachtet, in welchem der Versicherer eine gerichtliche KE verlangen darf⁴⁴.

Oertlich zuständig zur KE von Versicherungspolice ist der Richter am Erfüllungsort (Wohnort des Versicherungsnehmers), sofern nicht vertraglich ein bestimmter Erfüllungsort festgelegt ist (Art. 13 Abs. 1 VVG)⁴⁵. Antragsberechtigt ist der Begünstigte aus der Versicherung, und zwar auch dann, wenn er die Police selber noch nie besessen hat⁴⁶.

Das Verfahren zur KE richtet sich gemäss Art. 13 Abs. 2 VVG nach den Vorschriften der Art. 981 ff. (Inhaberpapiere). Vgl. auch noch Art. 45 lit. b OG.

⁴³ Villiger S. 94; Heizmann S. 82 ff.; Beeler S. 273 ff.; Bruderer S. 68 ff.; Fisch S. 93; Cudkowicz S. 166/7; BGE 25 II 326, 35 II 616, 43 II 840, 50 II 389, 51 II 314, 68 II 91; Praxis Bd. 30 N. 61, 31 N. 70; SJZ Bd. 36 S. 46; SemJud. Bd. 1938 S. 628, 1942 S. 575.

⁴⁴ Vgl. darüber: Roelli, Komm. zum BG über den Versicherungsvertrag, 1. Bd. Bern 1914 zu Art. 13 VVG N. 3 S. 187.

Ostertag, BG über den Versicherungsvertrag, 2. Aufl., Zürich 1928 zu Art. 13 VVG N. 1; Hutmacher S. 88 ff.; Zimmerli S. 34 ff. Bruderer S. 76 ff., spez. S. 81; Dörig S. 198 ff.; Cudkowicz S. 162 ff.; BGE 41 II 37 ff.

Entscheidungen schweiz. Gerichte in Privatversicherungsstreitigkeiten Bd. 4 N. 23, 148; 3 N. 84.

⁴⁵ Roelli a. a. O. zu Art. 13 VVG N. 3, S. 188.

⁴⁶ Entsch. Privatvers.-str. Bd. 5 N. 33.

VI. Couponsbogen

Art. 981 Abs. 1 und 4, 982 Abs. 2, 987.

Für Couponbogen gilt gemäss Art. 981 Abs. 1 das Verfahren der Art. 981 ff., mit den speziell genannten Ausnahmen zu diesem Verfahren.

So bestimmt der Art. 981 Abs. 4 über die *Antragsberechtigung* zur KE von Couponsbogen. Ist nur ein Couponsbogen abhanden gekommen, so genügt die Vorzeigung des Haupttitels durch den Gesuchsteller zur Glaubhaftmachung des Besitzes. Mehr kann die Vorzeigung des Haupttitels nicht darstellen, vor allem kann der Verlust des Couponsbogens dadurch nicht glaubhaft gemacht werden. Es hat daher meines Erachtens der Richter die Glaubhaftmachung des Verlustes speziell zu untersuchen, auch wenn dies aus dem Wortlaut des Art. 891 Abs. 4 nicht hervorzugehen scheint⁴⁷.

Als *Couponsbogen* könnten eigentlich bereits zwei miteinander verbundene Coupons bezeichnet werden⁴⁸. Zieht man jedoch die Vorschrift des Art. 982 Abs. 2 in Betracht, wonach während des Verfahrens verfallende Coupons dem durch Art. 987 festgesetzten Verfahren unterstellt werden, so ergibt sich, dass dem Verfahren für Couponsbogen eigentlich erst zirka drei bis vier zusammenhängende Coupons unterliegen können, weil das Verfahren nach Art. 981 ff. zu lange dauert für laufend verfallende Coupons.

Der Art. 982 Abs. 2 hat auch dann Gültigkeit, wenn der Haupttitel mit dem Couponsbogen zusammen kraftlos erklärt werden soll. Wird übrigens in einem derartigen Verfahren der Haupttitel ohne die Coupons vorgelegt, so ist nur das Verfahren bezüglich des Haupttitels zu sistieren. Die Coupons verbleiben weiterhin dem Anspruch des Gesuchstellers unterstellt; dieser darf zum Beispiel nachher noch Zinsen von Coupons einziehen, welche einem Verfahren gemäss Art. 987 unterstellt waren⁴⁹.

Unerfreulich am für die Couponsbogen geltenden Verfahren ist die Tatsache, dass für Coupons des gleichen Titels verschieden lange KEssen gelten können. Hier eine Aenderung einzuführen wird jedoch schwer halten, denn man muss sich darüber im Klaren sein, dass fällige Coupons sehr oft abgetrennt werden, somit als einzelne Coupons in Zir-

⁴⁷ Beeler S. 175 (gleiche Ansicht, jedoch nicht ausdrücklich), ebenso Cudkowicz S. 150.

⁴⁸ BGE 64 II 34; SJZ Bd. 39 S. 377 N. 2.

⁴⁹ Praxis Bd. 27 N. 81.

kulation kommen, für welche aber der Inhaber keine Aufgebote zu beobachten hat (vgl. Art. 987). Man könnte lediglich den Art. 987 abändern, dann hätten aber die Verlierer nur einzelner Coupons unter Umständen einen komplizierten Weg zur Erlangung ihrer Rechte zu beschreiten.

VII. Talon

Art. 981 Abs. 1 und 4.

Durch die Aufzählung in Art. 981 ist auch der Talon kraftloserklärbares Papier; für das Verfahren gilt dasselbe wie beim Couponsbogen (speziell in bezug auf die Antragsberechtigung) ⁵⁰.

Obschon die Notwendigkeit der KE des Talons umstritten ist, herrscht doch Klarheit über die Verhältnisse bei Verlust eines derartigen Papiers: Nur die KE desselben vermag Dritte wirklich auszuschliessen ⁵¹.

VIII. Einzelne Coupons

Art. 982 Abs. 2, 987, 128 Ziff. 1.

Das Verfahren gemäss Artikel 987 (vgl. auch Art. 982 Abs. 2) ist anzuwenden auf einzelne Coupons ⁵², seien sie nun bereits verfallen oder nicht. Bei Fälligkeit des betreffenden Coupons verfügt der Richter die Hinterlegung des entsprechenden Betrages, welcher dem Gesuchsteller nach 3 Jahren ausgehändigt wird, sofern sich inzwischen niemand gemeldet hat.

Ueber die Antragsberechtigung zu diesem Verfahren führt der Art. 987 selber nichts aus. Es ist aber ohne weiteres anzunehmen, dass auch hier die Vorschrift des Art. 981 Abs. 4 gelten kann. Ferner spielt es keine Rolle, ob der Antragsteller die KE der Coupons oder das Verfahren gemäss Art. 987 begehrt; der Richter hat von sich aus das entsprechende (richtige) Verfahren anzuordnen ⁵³.

⁵⁰ Cudkowicz S. 150.

⁵¹ Vgl. die Ansichten Beelers in SJZ Bd. 30 S. 37 ff., wo er die Notwendigkeit der KE des Talons bestreitet, weil ein Handel mit Talons nicht üblich sei, somit ein gutgl. Erwerb von Talons kaum stattfinden könne. Ausserdem erwähnt er die Möglichkeit der Sperrung der auf den fraglichen Talon hin ausgegebenen Coupons.

Natürlich steht es den Parteien frei, auch heute noch diesen Weg zu wählen. Auf Grund des geltenden Rechts spricht sich aber Beeler heute für die gerichtliche KE des Talons aus, vgl. S. 287. Dazu auch Zimmerli S. 30/2.

⁵² Einzelner Coupon vgl. BGE 64 II 33.

⁵³ Cudkowicz S. 151. BGE 64 II 30 ff.

Unklar sind dagegen die Wirkungen des Verfahrens gemäss Art. 987.

Der Antragsteller ist berechtigt, drei Jahre nach Fälligkeit der Coupons die Herausgabe des hinterlegten Betrages zu fordern. Die Verjährungsfrist für Coupons beträgt aber nach allgemeinen Regeln fünf Jahre (Art. 128 Ziff. 1). Für den Fall nun, dass die Coupons während der Zeit zwischen Ende der Abwartefrist gemäss Art. 987 Abs. 2 und Verjährungsfrist gemäss Art. 128 Ziff. 1 vorgewiesen werden, findet sich im Gesetz keine Regelung.

Es liegt der Schluss nahe, es handle sich hier um ein Versehen des Gesetzgebers. Eventuell kann aber auch angenommen werden, der Gesetzgeber habe den Parteien die nähere Regelung der Probleme überlassen wollen, um nicht ein längeres spezielles Verfahren für die KE der Coupons ausarbeiten zu müssen. Man wollte ein kompliziertes und kostspieliges Verfahren für die Coupons vermeiden, fand dann aber den blossen Verweis auf die fünfjährige Verjährungsfrist als zu grosses Hindernis für eine flüssige Abwicklung der Wertpapiergeschäfte.

Zur Ueberbrückung der Differenzen können verschiedene Lösungen in Betracht gezogen werden:

Cudkowicz⁵⁴ schlägt vor, für die Coupons zweierlei Verjährungsfristen gelten zu lassen, eine dreijährige für verloren gegangene Coupons, eine fünfjährige für nicht verloren gegangene. Dieser Lösung haftet der Fehler an, dass sie einen Erwerber von verloren gegangenen Coupons nicht zu schützen vermag, sofern er die betreffenden Coupons erst nach Ablauf der dreijährigen Wartefrist einlösen will. Dies würde eine Hintansetzung des gutgläubigen Wertpapierverkehrs bedeuten, die Lösung von Cudkowicz ist daher abzulehnen. Die Verjährungsfrist für Coupons generell auf drei Jahre herabzusetzen ist wohl kaum angängig, da es im allgemeinen für richtig befunden wird, für Couponforderungen die fünfjährige Verjährungsfrist gelten zu lassen. Es kann nicht wegen des Ausnahmefalles von Art. 987 eine gesamte, für gut befundene Ordnung umgestossen werden⁵⁵. Dies besonders auch darum nicht, weil sich eine Lösung der Probleme treffen lässt, welche ohne grosse Mühe die Schwierigkeiten, die durch den Art. 987 entstanden sind, zu überwinden imstande ist:

⁵⁴ Vgl. Cudkowicz S. 151 ff. Seine Ansicht, dem Verlierer von Coupons zu gestatten, nach seinem Belieben entweder ein Verfahren gemäss Art. 987 oder 981 ff. durchzuführen, dürfte als Lösung der Probleme kaum in Frage kommen.

⁵⁵ Vgl. dazu Schw. AG Bd. 11 S. 8/9.

Es handelt sich hierbei um eine Lösung, die sowohl den Interessen des gutgläubigen Inhabers der Coupons, als auch denjenigen des Verlierers derselben entgegenkommt, damit wohl auch am ehesten den Intentionen des Gesetzgebers entsprechen dürfte. Diese allseitig befriedigende Lösung besteht darin, dass man dem Verlierer den Betrag nach der in Art. 987 vorgesehenen Wartefrist von drei Jahren ausbezahlt, ihn aber zugleich verpflichtet, bei allfälliger Vorweisung der Coupons vor der fünfjährigen Verjährungsfrist den gutgläubigen Inhaber derselben schadlos zu halten. Es könnte gegen diese Lösung eingewendet werden, sie komme einer Heraufsetzung der Wartefrist auf fünf Jahre gleich. Dem muss aber entgegengehalten werden, dass die Garantie des Verlierers in vielen Fällen nicht eine Bindung des Couponsbetrages im Sinne einer Hinterlegung zu sein braucht, sie kann auch durch andere Massnahmen, so speziell eine Verpfändung von Wertpapieren geboten werden⁵⁶. Abgesehen davon ist zu bedenken, dass es nicht der Verlierer der Coupons ist, dem in erster Linie Erleichterung und Schutz zu gewähren ist, sondern dass vielmehr der Schutz des gutgläubigen Verkehrs mit Wertpapieren in den Vordergrund gestellt zu werden verdient^{57/58}.

IX. Der Ausschluss der KE gemäss Art. 988

Der Art. 988 bestimmt abschliessend, welche Wertpapiere nicht kraftlos erklärt werden können. Das OR enthält diese Vorschrift zur Sicherung der vollen Zirkulationsfähigkeit des Geldes und der geldähnlichen Wertpapiere.

⁵⁶ Es bietet sich ausserdem die Möglichkeit, die Couponsbeträge sofort einzukassieren, sofern die Schadloserklärung vom Schuldner sofort, d.h. bei Fälligkeit der Coupons akzeptiert wird.

Vgl. auch die Regelung im französischen Recht, welches den Antragsteller verpflichtet, bis zur Verjährung der Coupons für deren Bezahlung einzustehen. C. c. Art. 9 des Gesetzes vom 15. 6. 1872. Vgl. auch Zimmerli S. 28.

⁵⁷ Vgl. SJZ Bd. 39 S. 376 ff. Es wird dort ferner vorgeschlagen, nach Ablauf der dreijährigen Wartefrist ein Verfahren gemäss Art. 981 ff. einzuleiten, um mittels der Veröffentlichungen einem allfälligen Inhaber der Coupons die Gutgläubigkeit zu entziehen, damit auch das Recht sicher für sich beanspruchen zu können. Dieser Vorschlag muss jedoch abgelehnt werden, weil der Inhaber von Coupons gesetzlich nicht verpflichtet ist, auf Aufgebote von Coupons zu achten, weil für Coupons eine Veröffentlichung gar nicht vorgesehen ist.

⁵⁸ Vgl. Anhang III betr. Verlängerung der Einlösungsfristen für Coupons. Es ist zu beachten, dass es sich dabei nicht um eine Hinausschiebung der Verjährung handelt.

§ 17 Die hauptsächlich nach Art. 1072 ff. kraftlos zu erklärenden Wertpapiere

Vorbemerkungen

Es ist Tatsache, dass nur äusserst wenige Wechsel, Checks und andere Ordrepapiere gerichtlich kraftlos erklärt werden. So hatte zum Beispiel das Bezirksgericht Zürich in den Jahren 1941—1949 im Durchschnitt jährlich nur einen einzigen Check kraftlos zu erklären, Wechsel überhaupt keinen! Im ganzen Jahrgang 1948 des Schweizerischen Handelsamtsblattes findet sich nicht eine einzige KE von Wechseln oder Checks. Von einer KE anderer Ordrepapiere gar nicht zu sprechen.

Der Grund, dass derart wenig Urkunden des Ordrepapierkreises kraftlos erklärt werden, liegt nun bestimmt nicht darin, dass diese Papiere weniger verloren gingen, wenn auch bei genauer Untersuchung gewisse Verlustgründe hier ausser Betracht fallen (z. B. Vermissen von Titeln bei Erbfall). Eine nicht geringe Rolle für die kleine Zahl der gerichtlichen KE spielt hingegen der Umstand, dass die Grosszahl der Wechsel und Checks kleinere Summen verbriefen, was ein KE-verfahren in manchen Fällen als nicht mehr lohnend erscheinen lässt. Auf der andern Seite ist aber nicht anzunehmen, der Handel finde sich mit einem Verlust einfach ab. Es muss ein weiterer Grund für die geringe Zahl der KE von Ordrepapieren vorliegen: Weil bei den typischen Ordrepapieren in der Regel die persönlichen Verbindungen zwischen den Parteien nicht gänzlich ausgeschaltet sind, wie dies beim völlig anonymen Inhaberpapierhandel der Fall sein kann, ist es möglich, dass bei Verlust einer derartigen Urkunde die Parteien miteinander verhandeln und einen andern Weg finden, einen Verlust der Urkunde auszugleichen. *Sie sind nicht in jedem Falle auf eine gerichtliche KE angewiesen.* Dieser Tatsache kommt bei der Besprechung der KE eine derart entscheidende Bedeutung zu, dass die Wege der Umgehung der KE ebenfalls in Rechnung gestellt werden müssen, sollen die sich bei einem Verlust von Ordrepapieren ergebenden Fragen abschliessend behandelt werden.

Die Kehrseite dieser Umgehung der KE ist nicht zu übersehen: Es liegt der Schluss nahe, *das Institut der KE sei in gewisser Hinsicht ungenügend ausgebaut.*

I. Der Wechsel

Art. 990 ff., spez. 1072 ff.

Art. 12 Schl. T. kommt nicht mehr in Frage.

Das Hauptinteresse bei der speziellen Besprechung der KE des Wechsels richtet sich auf die Auswirkungen der Bestimmung des Art. 1079 Abs. 2 über die Wirkungen der KE. Um dieses Problem ungehindert betrachten zu können, sollen zuerst die nebensächlicheren Fragen zur KE des Wechsels beantwortet werden.

A. Einzelne Probleme bei der KE des Wechsels

1. Rectawechsel:

Art. 1001 Abs. 2.

Es handelt sich hier um ein Namenpapier. Trotzdem ist nach allgemein herrschender Ansicht auch der Rectawechsel wie der gewöhnliche (Ordre-) Wechsel kraftlos zu erklären, also nach Art. 1072 ff., wie er überhaupt in mancher Beziehung weiter dem Wechselrecht unterstellt bleibt².

2. Art. 1074 Abs. 2:

Dem KE-antrag muss eine Abschrift des Wechsels oder Angaben über dessen wesentlichen Inhalt beigegeben sein. Ueber die Abschriften vgl. Art. 1063 ff., spez. 1066. Es kann unter Umständen zu lange dauern, bis eine Abschrift (oder Duplikat) hergestellt ist. Man wird sich deshalb nicht in jedem Fall an den in Art. 1063 Abs. 3 gegebenen Weg halten können; es ist dies auch gar nicht notwendig, weil das geltende Recht einen Regress nur noch gegen den Annehmenden zulässt, vgl. Art. 1079 Abs. 2³.

Wesentlicher Inhalt ist alles das, was die fragliche Urkunde eindeutig identifiziert. Es kann aber vorkommen, dass sogar die Angabe des vollständigen Inhaltes der Urkunde nicht zur eindeutigen Identifikation ausreicht; vgl. Art. 1000 über den Blankowechsel⁴.

3. Art. 1076 Abs. 2:

Ueber die Verjährung vgl. die Art. 1069 ff.

¹ Michaelis Wechselrecht S. 321 ff.; Staub-Stranz Wechselrecht S. 693 ff.; Zimmerli S. 23; Beeler S. 177 ff.; Cudkowicz S. 140 ff.

² In diesem Sinne Jacobi S. 163; Beeler S. 88, 177; Zimmerli S. 23; Bruderer S. 40 ff.

³ Ruegg S. 24 ff.

⁴ Cudkowicz S. 145; vgl. auch vorn § 7 (Schluss) und die dort zit. BGE 40 II 35. BIZR Bd. 11 N. 35, 13 N. 139.

Beachtlich ist nur die Verjährung der wechselfässigen Ansprüche gegenüber dem Annehmenden, da der Art. 1079 Abs. 2 solche nur gegen diesen noch zulässt.

4. *Ausstellung einer neuen Urkunde:*

Die Artikel über die KE des Wechsels sehen keine Neuausstellung der Urkunde nach erfolgter KE vor. Es fragt sich nun aber, ob hier die allgemeine Bestimmung des Art. 972 Abs. 1 einspringe. Meines Erachtens ist das nicht der Fall, denn bei den Inhaberpapieren ist dieses Recht des Antragstellers besonders erwähnt, beim Wechsel hingegen nicht, was heissen will, eine Neuanfertigung der Urkunde komme hier nicht in Frage. Im übrigen ist es auch gar nicht notwendig, dass bei den Ordrepapieren eine neue Urkunde ausgestellt wird, da sie wegen der Bestimmung des Art. 1076 Abs. 3 nach erfolgter KE immer schon verfallen sind, eine Weiterzirkulation der Urkunde also kaum mehr in Frage kommt ⁵.

Aus denselben Gründen ist eine Veröffentlichung des KE-urteils nach Art. 1072 ff. nicht vorgesehen.

5. *Zahlungsverbot:*

Art. 1072.

War der verloren gegangene Wechsel bereits protestiert, so ist das Zahlungsverbot auch den Regressverpflichteten zuzustellen, damit auch bei ihnen eine Einlösung des Wechsels nicht erfolgen kann ⁶.

B. Die KE des Wechsels und ihre Wirkungen (Art. 1079 Abs. 2)

Die Stellung des Gesuchstellers nach der KE

1. *Allgemeine Betrachtungen:*

Abweichend vom Grundsätzlichen bestimmt der Art. 1079 Abs. 2 über die Wirkungen der KE, dass der Gesuchsteller nach erfolgter KE seinen wechselfässigen Anspruch noch gegen den Annehmenden, nicht mehr aber gegen die andern auch noch wechselfässig Verpflichteten geltend machen könne (Art. 1018, 1022, Wechselbürge; 1033 ff.). Die KE des Wechsels bezieht sich demnach nicht nur auf die Urkunde, sondern auch auf das damit verbundene Recht.

⁵ Botsch. 1928 S. 337. Michaelis Scheckgesetz S. 251 N. 10.

⁶ Cudkowicz S. 140/1.

Die Gründe, welche den Gesetzgeber veranlassten, dem Erstreiter des KE-urteils gewisse Rechte abzuschneiden, werden in der Botschaft des Bundesrates zur Revision des OR (24.—33. Titel) dargelegt. Der Ausschluss des Regresses nach Art. 1079 Abs. 2 ist eingeführt worden, weil man verhindern wollte, dass ein Regressverpflichteter in Anspruch genommen werde, der selber nicht mehr weiter Regress nehmen kann infolge Fehlens der dazu nötigen Unterlagen, welche doch vom Verlierer des Wechsels verloren worden sind.

Die geltende Regelung wäre soweit klar; es erhebt sich aber die Frage, ob der Art. 1079 Abs. 2 nicht doch zu stark in die Rechte des Antragstellers eingreift. Betrachtet man nämlich die Voraussetzungen, unter welchen normalerweise der Regress zugelassen ist, so muss gesagt werden, dass bereits dadurch dem Regressverpflichteten ein weitgehender Schutz zugestanden ist, einen für ihn nicht tragbaren Regress abzuwenden (Art. 1047). Bei Anwendung nur dieses Artikels würde der Gesuchsteller unter Umständen weniger benachteiligt in seinen Rechten, wenn auch nicht übersehen werden darf, dass ihm auch so mannigfaltige Schwierigkeiten entgegenstehen würden (Beschaffung von Duplikaten Art. 1063 ff.; Protestaufnahme ohne die Urkunde Art. 1034 ff.)⁷, seinen Regress durchzuführen. Diese Lösung, eben die Anwendung des Art. 1047 an Stelle des Art. 1079 Abs. 2, würde dagegen bestimmt den Vorteil bieten, dass auch bei der KE des Wechsels grundsätzlich das KE-urteil den Wechsel ersetzen könnte, was auf Grund des Art. 1079 Abs. 2 ausgeschlossen ist⁸.

Es ergäbe sich aber auch auf anderm Wege noch die Möglichkeit, den Erstreiter des KE-urteils etwas besser zu stellen, sogar unter Anwendung des Art. 1079 Abs. 2. Würde die *Deckung* (Art. 1053, 1094) in jedem Falle auf den Inhaber des Wechsels übergehen — wie dies im französischen Recht der Fall ist —, dann könnte der Gesuchsteller vermehrt mit richtiger Bezahlung des Wechsels (KE-urteils) rechnen, weil der Anspruch auf Deckung als zivilrechtlicher, nicht als wechselrechtlicher Anspruch bewertet wird, somit der Art. 1079 Abs. 2 nicht zur An-

⁷ Vgl. die Ausführungen beim Check über die Anwendbarkeit des Art. 1041 bei der Protesterhebung ohne die Urkunde; Staub-Stranz S. 705 N. 10a; SJZ Bd. 36 S. 224 betr. Photokopien.

⁸ Gegen die Zulassung des Regresses vgl. Botsch. 1928 S. 336; Michaelis Wechselrecht S. 326 N. 15.

Für Zulassung des Regresses: Jacobi S. 401 ff.; Staub-Stranz S. 703 ff. N. 8 ff. (unter Vorbehalten, Arr. 1047); Quassowski Wechselgesetz S. 62 462/3; Guhl S. 646; Otterli S. 73; Cudkowicz S. 144.

wendung käme. Der Art. 1053 bestimmt jedoch lediglich den Uebergang der Deckung auf den Wechselinhaber in den Fällen, die er dafür vorsieht, so dass sich diese Besserstellung des Gesuchstellers auch nur gerade in diesen Fällen ergibt. Vom Standpunkt der KE aus gesehen wäre aber ein Uebergang der Deckung in allen Fällen zu begrüßen⁹.

2. Die KE des Wechsels nach der geltenden Regelung.

a) *Verlust eines noch nicht akzeptierten Wechsels*: Geht ein Wechsel verloren, welcher noch nicht zur Annahme vorgelegt worden war (Art. 1011 ff.), so kann der Verlierer vorerst überhaupt keinen wechselmässigen Anspruch geltend machen, denn nach Art. 1079 Abs. 2 besteht für ihn ein solcher auch nach der KE nur gegen den Annehmenden, welcher aber im Momente gar nicht vorhanden ist, — er ist erst Bezogener.

Wohl kann nun der Verlierer versuchen, ein Accept ohne die Urkunde zu erhalten, oder dem Bezogenen ein Versprechen auf Zahlung abzunehmen (Art. 1019 Abs. 2), und sich derart die Leistung nach der KE sichern. Ein Erfolg dieses Vorgehens ist möglich, es kann aber ebenso gut misslingen.

Das Gesetz lässt jedoch den Inhaber des KE-urteils nicht einfach im Stiche. Nach den Bestimmungen des Art. 1052 über die ungerechtfertigte Bereicherung im Wechselrecht könnte sich der Verlierer unter Umständen doch noch schadlos halten. Der Art. 1052 (Abs. 1) setzt nämlich für die Bereicherungsklage nicht einen wechselmässigen Anspruch voraus, sondern die Bereicherungsklage ist gerade für die Fälle geschaffen, wo dieser untergegangen ist.

Es bleibt nun zu untersuchen, ob der nicht acceptierte, kraftlos erklärte Wechsel auch unter die Vorschriften des Art. 1052 fällt, sofern der Inhaber des KE-urteils keine Bezahlung erlangen kann.

Der Art. 1052 ist eingesetzt zum Schutze desjenigen, der infolge Verjährung oder Unterlassung einer Handlung zur Erhaltung der wechselmässigen Verpflichtungen seiner wechselmässigen Ansprüche verlustig gegangen ist (Art. 1052 Abs. 1).

Es liegen keine Bedenken vor, auch den Verlierer des Wechsels mit dem ihm aus Art. 1079 Abs. 2 erwachsenden Verlust der wechselmässigen Ansprüche ebenfalls zur Bereicherungsklage zuzulassen, denn schliess-

⁹ Staub-Stranz Wechselrecht S. 151 N. 16 ff.; Roost S. 78 ff.; Oetterli S. 99 ff.; Lustenberger S. 52 ff.

lich kann ein Verlust noch viel eher einem Versehen entspringen als das Unterlassen einer Handlung zur Erhaltung der wechselfälligen Ansprüche. Es wäre die Nichtzulassung des Inhabers des KE-urteils geradezu ungerecht.

Die Aufzählung der Aktivlegitimierten zur Bereicherungsklage in Art. 1052 ist also nicht vollständig, *sondern es ist der Inhaber des KE-urteils über einen nicht acceptierten Wechsel zur Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung zuzulassen*¹⁰.

Auf Grund des Art. 1052 kann nun der Erstreiter des KE-urteils auch wieder gegen den Aussteller vorgehen, überhaupt gegen alle diejenigen, welche im Art. 1052 genannt sind, unter der Voraussetzung natürlich, dass sie auf Kosten des Inhabers des KE-urteils bereichert sind, was zu beweisen demselben obliegt¹¹.

Es ist noch zu beachten, dass sich die Situation wie oben darstellt, wenn der verloren gegangene Wechsel bereits protestiert war (Protest mangels Annahme) (Art. 1033 Ziff. 1).

b) *Verlust eines acceptierten Wechsels (Art. 1018).*

Hier besteht ein wechselfälliger Anspruch des Verlierers auch noch nach der KE (Abs. 1079 Abs. 2), und zwar dem Annehmer gegenüber. Da dieser die einzige noch wechselfällig verpflichtete Person ist, hat es für den Verlierer keinen Sin, Massnahmen zu ergreifen (Protest), die normalerweise sämtliche wechselfälligen Ansprüche erhalten (Art. 1033 ff.).

Nach erfolgter KE kann der Inhaber des KE-urteils beim Annehmen den Zahlung verlangen, sobald die Forderung fällig ist; er kann dies unter Umständen schon während des KE-verfahrens auf Grund des Art. 1080, sofern der Richter dies anordnen will (auch Hinterlegung ist möglich).

Ist der Annehmende nicht gewillt zu zahlen, so muss betreibungsrechtlich gegen ihn vorgegangen werden (Art. 177 ff. SchKG).

Wird die Zahlung verweigert, weil der Bezogene das Accept abstreitet, so ist der Streit um das Accept auf dem ordentlichen Prozesswege zu erledigen. Aber auch wenn der Bezogene da obsiegt, so haftet er dem Inhaber des KE-urteils unter Umständen noch aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 1052), wie beim nicht acceptierten Wechsel.

¹⁰ Merz S. 65.

¹¹ Merz S. 67 ff., 72 ff.; Michaelis Wechselrecht S. 379 ff., spez. 381 N. 3; Staub-Stranz Wechselrecht S. 659 ff.; BGE 53 II 111.

Die Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung kann hingegen dann geltend gemacht werden, wenn die Betreibung gegen den Annehmenden erfolglos verläuft, es sei denn, andere Personen seien aus diesem Zustande bereichert, was wohl kaum der Fall sein kann.

Es würde sich auch hier das Wertvolle des Uebergangs der Deckung auf den Inhaber des Wechsels (Art. 1053) zeigen. Die gleiche Situation wie beim acceptierten Wechsel ergibt sich bei Verlust eines bereits protestierten (Art. 1033 Abs. 1) oder praejudizierten (Art. 1050) Wechsels, weil nach der KE der Annehmende immer nur allein noch wechselmässig haftet.

C. Die Vermeidung der KE beim Wechsel

Geht ein Wechsel verloren, so kann meistens mit relativ grosser Sicherheit bald festgestellt werden, ob sich das fragliche Papier noch in Zirkulation befindet oder nicht. Die verhältnismässig kurzen Fristen für die Vorlegung zur Annahme und Zahlung lassen rasch erkennen, ob die Wechselforderung noch anderweitig geltend gemacht werden wird oder nicht (vgl. die Art. 1006 Abs. 2; 1013, 1023 ff.). Wohl ist auch mit praejudizierten Wechseln zu rechnen (bei ihnen lässt sich oben Gesagtes nicht sicher feststellen), es darf aber angenommen werden, dass die Praejudizierung zu vermeiden getrachtet wird, womit dieser Fall weniger ins Gewicht fällt.

Die Folge dieser Verhältnisse wird sein, dass Parteien, welche einander kennen und sich gegenseitig Vertrauen schenken, die Wechselforderung auch ohne Urkunde gelten lassen und bezahlen werden, unter Umständen gegen entsprechende Sicherheitsleistung seitens des Fordernden. In Anbetracht der nicht unerheblichen Kosten einer gerichtlichen KE sicher eine naheliegende Lösung.

D. Eigenwechsel

Art. 1096 ff.

Aussteller und Bezogener sind eine Person, eine Annahme hat daher nicht zu erfolgen. Demgemäss ist der Aussteller von Anfang an wechselmässig verpflichtet und haftet dem Erstreiter des KE-urteils gemäss Art. 1079 Abs. 2¹².

¹² Vgl. Biberstein S. 129/30.

II. Der Check

Art. 1100 ff., spez. Art. 1143 Ziff. 19.

Der Art. 1143 Ziff. 19 verweist in bezug auf die KE des Checks auf das Wechselrecht, die Art. 1072 ff., schliesst aber die Anwendbarkeit der Art. 1079 Abs. 2 und 1080 aus.

A. Einzelne Probleme bei der KE des Checks

1. *Die verschiedenen Arten von Checks und die KE:*

Der Art. 1105 gestattet die Ausstellung des Checks als Namen-, Ordre- oder Inhaberpapier. Für die KE ist diese Tatasche ohne Belang, denn der Art. 1143 Ziff. 19 bestimmt für den Check generell die Anwendbarkeit der Art. 1072 ff. (mit Ausnahmen) ¹³.

2. *Antragsberechtigung:*

Bei den Checks kommt es oft vor, dass der Aussteller die Urkunde verliert (in unausgefülltem Zustande), weil er diese im Checkbuch mit sich führt. Es muss daher der Aussteller in einem solchen Falle zur KE antragsberechtigt sein.

3. *Gerichtsstand:*

Entsprechend den Bestimmungen über den Zahlungsort (Art. 1072 Abs. 1) in Art. 1107.

4. *Art. 1074 Abs. 2 über den KE-antrag:*

Beim Check sind diesbezüglich die Art. 1133, 1143 Ziff. 16 und 1064 zu beachten.

5. *Vorlegungsfrist (beim Aufgebot) und Verjährung:*

Art. 1076.

Da beim Check auch nach der KE Regress genommen werden kann, sind bei Erlass des Aufgebotes, sofern notwendig, auch die Verjährungsfristen gegenüber den Regressverpflichteten zu beachten (Art. 1134). Diese sind auf sechs Monate angesetzt, gerechnet vom Ablauf der Vorlegungsfrist (zur Zahlung, Art. 1116/8).

¹³ Michaelis Scheckgesetz S. 247 N. 2; Bruderer S. 44; Cudkowicz S. 146; vgl. auch Art. 1143 Ziff. 3 über den Blankocheck.

6. Zahlungsverbot.

Art. 1072, 1119 Abs. 3

Bei Erlass des Zahlungsverbotes sind unter Umständen auch die Regressverpflichteten zu benachrichtigen.

B. Die Wirkungen der KE beim Check und die Stellung des Gesuchstellers nach der KE

Zum Unterschied gegenüber dem Wechsel hat der Inhaber des KE-urteils beim Check auch noch nach der KE das Recht, gegen die dazu Verpflichteten Regress zu nehmen (Art. 1128), sofern er die dafür notwendigen Voraussetzungen zu erfüllen vermag. Somit entsprechen beim Check die Wirkungen der KE den allgemeinen Grundsätzen: es wird nur die Urkunde kraftlos erklärt, die damit verbundenen Rechte werden nicht berührt¹⁴.

1. Verlust eines Checks vor Verfall:

Art. 1115 ff.

Als erste Massnahme hat der Verlierer sofort ein Zahlungsverbot zu veranlassen, wenn der Check sich möglicherweise in fremden Händen befindet. Das Zahlungsverbot kann sowohl auf Grund des Art. 1072 Abs. 1 als auch nach Art. 1119 Abs. 3 durchgeführt werden. Will sich der Verlierer die Regressrechte erhalten, so muss er Protest erheben (Art. 1128 ff., 1143 Ziff. 9.—13). Ob dies aber tatsächlich erforderlich sein wird, kann der Verlierer prüfen, indem er dem Richter den Antrag stellt, den Bezogenen zur Hinterlegung des Checkbetrages aufzufordern (Art. 1072 Abs. 2; dieser Artikel hebt den Ausschluss des Art. 1080 Art. 1143 Ziff. 19 teilweise wieder auf). Wird der Checkbetrag hinterlegt, so kann die Protesaufnahme unterbleiben, denn bis zur Erledigung des KE-verfahrens ist der Betrag sichergestellt. Er steht nach der KE dem Inhaber des KE-urteils im Rahmen seiner Berechtigung zur Verfügung.

Ist ein Protest erforderlich, weil der Bezogene die Hinterlegung und spätere Zahlung ablehnt, so entsteht die Schwierigkeit, ohne Urkunde Protest zu erheben. Aus den Bestimmungen, welche die Vorschriften für den Regress (Protesterhebung) beschreiben,¹⁵ lässt sich feststellen, dass eine Protestaufnahme ohne Urkunde nur nach dem Wortlaut des Gesetzes überhaupt nicht möglich ist. Schon auf Grund des Art. 1128

¹⁴ Vgl. Michaelis Scheckgesetz S. 247 ff.; Quassowski Scheckgesetz S. 305 ff.; Zimmerli S. 23^{1/4}. Cudkowicz S. 146 ff.

allein ergibt sich dies, verfolgt man die weitem Bestimmungen, so wird die Situation nicht besser (vgl. die Art. 1128 ff., 1143 Ziff. 9.—13.). Die Checkurkunde erscheint als unumgänglich notwendiges Requisit.

Meines Erachtens lässt sich aber doch ein Protest auch ohne die Urkunde durchführen, und zwar folgendermassen: Der Art. 1041 bestimmt, dass der von einer zuständigen Stelle erhobene Protest auch dann gültig sei, wenn er nicht den Vorschriften entspreche, oder darin enthaltene Angaben unrichtig seien. Dieser Artikel ist nun keineswegs ein Freibrief zur unvollständigen Protesaufnahme und kann deshalb auf unsern Fall keine Verwendung finden. Wichtig ist jedoch der darin zum Ausdruck gebrachte Grundgedanke. Es soll derjenige geschützt werden, dem die Zahlung verweigert worden ist, an den Protest aber gedacht hat, diesen jedoch unrichtig durchführte (was auch einem Versehen der Amtsperson entspringen kann, vgl. Art. 1128). Das ist der Sinn des Art. 1041. Die Regressverpflichteten sollten aus einem Missgeschick des Checkinhabers keinen Nutzen ziehen können.

Dieser Grundsatz sollte auch im Falle eines Checkverlustes angewendet werden. Auch da könnten die Regressverpflichteten aus einem Missgeschick des Checkinhabers Nutzen ziehen, und in den meisten Fällen muss doch der Verlust als Missgeschick bezeichnet werden. Es soll daher gestattet sein, dass der Richter bei der Anordnung der Hinterlegung des Checkbetrages gemäss Art. 1072 Abs. 2 auch feststellen kann, was der Art. 1128 fordert, wenn die Hinterlegung verweigert wird. Ist dieselbe rechtzeitig verlangt worden (Art. 1115 ff.), dazu deren Verweigerung festgestellt, so sollte meines Erachtens diese Feststellung einem normalen Protest gleichkommen, sofern auch noch die zur Protesterhebung gesetzlich bestimmten Personen unterschrieben haben; vgl. Art. 1128 Ziff. 1.—3.

Auf diese Weise könnte dem Verlierer der Regressanspruch erhalten werden, er wäre dann nicht auf die Bereicherungsklage angewiesen, welche sonst das einzige Mittel darstellt, ohne Protest die Forderung einzutreiben (Art. 1143 Ziff. 14 und Art. 1052).

Durch die Gestattung des Protestes ohne die Urkunde erhält aber auch die Bestimmung des Art. 1143 Ziff. 19 über den Ausschluss des Art. 1079 Abs. 2 grössere Bedeutung; nur dadurch wird dieser Ausschluss überhaupt gerechtfertigt¹⁵.

¹⁵ Gleicher Ansicht Quassowski Scheckgesetz S. 309 N. 9; ebenso Cudkowicz S. 147; dagegen Michaelis Scheckgesetz S. 251 N. 9.

2. *Verlust eines Checks nach Verfall:*

In der Praxis kommt es nicht selten vor, dass Checks länger zirkulieren als in Art. 1116 festgesetzt; der Inhaber eines Checks hat in der Regel aus dieser Sachlage keinen Nachteil zu befürchten, denn vertrauenswürdige Aussteller und Bezogene gestatten eine Einlösung des Checks auch noch nach Verfall (Art. 1119 Abs. 2) ¹⁶.

Geht ein verfallener Check verloren, so wird in der Regel gegen Vorweisung des KE-urteils Zahlung zu erlangen sein. Ist dies nicht der Fall, so besteht nur noch die Möglichkeit der Bereicherungsklage (Art. 1052), da ein Regress nach Verfall nicht zulässig ist; vgl. Art. 1128 ff. ¹⁷.

Betreffend *Uebergang der Deckung* vgl. die Art. 1143 Ziff. 15 und Art. 1053. Es ergibt sich hier die gleiche Situation wie beim Wechsel ¹⁸.

C. Der Widerruf des Checks und die KE ¹⁹

Art. 1119, Art. 1072 ff. (Art. 1143 Ziff. 19).

Mit dem Widerruf besitzt das Checkrecht ein Institut, welches der KE in vielen Belangen wenig nachsteht und daher recht oft an deren Stelle zu treten vermag. Prinzipiell besteht jedoch ein recht grosser Unterschied zwischen den beiden Einrichtungen, der von Anfang an festgehalten werden muss.

Die Wirkungen der KE sind bekannt. Der Inhaber einer kraftlos erklärten Urkunde kann seine Rechte nicht mehr geltend machen, weil er die Anmeldung derselben versäumt hat. Sie sind ihm endgültig entzogen, auch wenn er gutgläubig ist.

Der Widerruf des Checks sagt hingegen über die Urkunde an und für sich nichts aus. Er verhindert lediglich deren Einlösung beim Bezogenen. *Befindet sich die Urkunde in den Händen eines gutgläubigen Dritten, verliert dieser die darin verbrieften Rechte nicht* ²⁰.

Damit wird sofort klar, was im Falle eines Verlustes des Checks dessen Widerruf nicht erreichen kann. *Gutgläubige Dritte werden nicht ausgeschlossen*, sie haben nach wie vor das Recht auf Befriedigung ihrer An-

¹⁶ Frey S. 45 ff.

¹⁷ Vgl. Michaelis Scheckgesetz S. 221 ff.; Quassowski Scheckgesetz S. 298 spez. N. 5.

¹⁸ Michaelis Scheckgesetz S. 50 N. 3. Quassowski Scheckgesetz S. 351.

¹⁹ Oser-Schönenberger Komm. zu Art. 470; Becker Komm. zu Art. 470; von Tuhr S. 610 N. 55; Michaelis Scheckgesetz S. 171 ff., spez. N. 6; Quassowski Scheckgesetz S. 129 ff., N. 4 ff.; Oetterli S. 108 ff.; Frey S. 51 ff.; SJZ Bd. 34 S. 161 ff.

²⁰ Botsch. 1928 S. 342; Prot. Exp. Komm. S. 804; Cudkowicz S. 148.

sprüche aus dem Check. Sollen Dritte ausgeschlossen werden, so kommt nur die KE des Checks in Frage. Warum aber, so muss man sich fragen, vermag der Widerruf dennoch die KE so weitgehend zu verdrängen?

Weil der Widerruf *praktisch* das Ziel der KE ebenfalls zu erreichen vermag. Weil der Zweck der KE in einer Richtung erfüllt werden kann, nicht völlig, doch in grossem Masse: Der Widerruf vermag die Rechte des Verlierers zu erhalten. Zudem wird durch den Widerruf Zahlung an einen Nichtberechtigten vermieden. Weiter erlangt die widerrufende Partei eine Kontrolle über die Einlösung des Checks, sei es nun durch ein Zahlungsverbot des Ausstellers vor Verfall (Art. 1119 Abs. 3), oder durch den Widerruf selber (Art. 1119 Abs. 1). Mit beiden Massnahmen kann erreicht werden, dass der eventuelle Vorweiser des Checks sich mit dem Antragsteller (Verlierer) über seine Legitimation auseinandersetzen muss. In dieser Hinsicht bietet das KE-verfahren nicht mehr, ausser man wolle annehmen, die Aufgebote verringerten die Möglichkeiten eines gutgläubigen Erwerbs.

Wesentlich ist nun aber, dass bei der sehr kurzen Laufzeit des Checks (nach Art. 1116 acht Tage, in der Praxis selten mehr als dreissig Tage) von einem gewissen Momente an damit gerechnet werden kann, dass eine Einlösung des Checks überhaupt nicht mehr erfolgen wird, dieser als ganz verloren gelten kann. Damit fällt das Unvermögen des Widerrufs, Dritte auszuschliessen, nurmehr noch wenig ins Gewicht. Wenn man dazu noch die weitem Vorteile des Widerrufs in Betracht zieht (geringe Kosten; Geheimhalten der Geschäfte, weil kein Aufgebot), so ist die Bevorzugung des Widerrufs begreiflich.

Immerhin ist zu beachten, dass für den Aussteller (und auch den Verlierer) die Angelegenheit dann während zehn Jahren noch in der Schwebe bleibt (Art. 1052, 127) ²¹, wogegen die KE relativ rasch endgültige Sicherheit verschafft. Eine Bereicherungsklage seitens gutgläubiger Dritthinhaber des Checks könnte der Aussteller nicht mit dem Einwand abwenden, er sei nicht bereichert, weil er bereits dem Verlierer geleistet habe. Wesentlich ist die Gültigkeit der Urkunde, und die wird — wie bereits gesagt — durch den Widerruf nicht beeinträchtigt. Würde man dem Widerruf diese Wirkung zugestehen, so ergäbe sich beim Check die Möglichkeit einer Art Privat-KE, welche aber für Wertpapiere ausdrücklich ausgeschlossen ist.

²¹ BGE 57 II 111, 67 II 176.

Voraussetzung eines Widerrufs ist natürlich gegenseitiges Uebereinkommen zwischen Verlierer und Aussteller. (Die Erfüllung dieser Voraussetzung lässt auf der andern Seite auch wieder die Notwendigkeit einer Protesterhebung dahinfallen.) Ebenso ist eine Glaubhaftmachung von Besitz und Verlust im Widerrufsverfahren nicht nötig, zumindest nicht im gleichen Ausmass wie bei der KE (Art. 1074 Abs. 2) ²².

III. Die wechselähnlichen Papiere

Art. 1147/51.

Die Art. 1147 und 1151 stellen fest, dass die wechselähnlichen Papiere den gezogenen, bzw. den eigenen Wechseln gleich seien, vorbehältlich der aufgezählten Ausnahmen. Da sich die KE nicht unter diesen Ausnahmen befindet, so muss angenommen werden, dass auch auf diese Papiere die KE des Wechsels anzuwenden sei.

A. Die Anweisung an Ordre

Art. 1147/50.

Bis auf den Art. 1079 Abs. 2 scheinen alle Regeln der KE des Wechsels auch für diese Papiere geeignet zu sein. Im Zusammenhang mit dem Art. 1148 aber kann der Art. 1079 Abs. 2 nicht gut angewendet werden. Da die Anweisung an Ordre nicht zur Annahme vorzulegen ist, bleibt der Anweisungsempfänger lange Zeit im Ungewissen darüber, ob die Anweisung durch den Angewiesenen überhaupt eingelöst werden wird, so dass bei Verlust der Urkunde unter Umständen ein Hauptverpflichteter gar nicht vorhanden ist. Auf alle Fälle müsste es als Ungerechtigkeit bezeichnet werden, wenn in einem solchen Verlustfalle der Verlierer keinen Anspruch gegen den Aussteller geltend machen dürfte. Es ist daher wie beim Check angezeigt, den Aussteller auch nach erfolgter KE noch als verpflichtet zu betrachten, natürlich nur unter der Voraussetzung, dass ein Rückgriff in ordentlicher Weise vorgenommen wird. (Art. 1033 ff.).

Die Frage der Haftbarkeit der Indossanten richtet sich folglich nach der Möglichkeit der Rekonstruktion der Urkunde (vgl. die Art. 1041 und 1063 ff.).

²² Ueber den Postcheck vgl. Cudkowicz S. 169/70.

Im Uebrigen gelten die Bestimmungen über die KE des Wechsels wie beim Wechsel selber.

In bezug auf die Häufigkeit von KE bei der Anweisung an Ordre gilt in noch vermehrtem Masse das bereits beim Wechsel und Check festgestellte. Ich konnte bis jetzt keine KE einer Anweisung an Ordre (und Zahlungsversprechen an Ordre) ausfindig machen. Die Parteien finden somit auch hier Wege, eine KE zu umgehen; besonders zu erwähnen ist die Tatsache, dass bei der Anweisung an Ordre ein Widerruf²³ ebenfalls möglich ist, solange eine Annahme der Anweisung nicht stattgefunden hat (Art. 1148/9).

B. Das Zahlungsversprechen an Ordre

Es ist hier wie beim eigenen Wechsel der Aussteller mit dem Bezogenen identisch, so dass sich in bezug auf die KE keine Probleme ergeben wie bei der Anweisung an Ordre.

Im Uebrigen vgl. die Ausführungen über den Eigenwechsel.

IV. Die «ändern indossierbaren» Papiere

Art. 1152.

Obschon auch bei dieser Kategorie von Wertpapieren eine KE äusserst selten ist, muss die KE dieser Papiere der Vollständigkeit wegen dennoch erwähnt werden.

Die KE des Wechselrechts ist auf alle diese Papiere anzuwenden (Art. 1152 Abs. 2).

Die einzelnen Papiere, welche unter diese Bestimmungen fallen, sind:

A. Das Geldsummenversprechen, Art. 1152 Abs. 1

B. Das «bestimmte Sachversprechen», Art. 1152 Abs. 1

Hier sind zum Beispiel die an Ordre ausgestellten *Lieferscheine* für Wertpapiere einzureihen, welche aber im Übrigen auch andersartig ausgestellt werden können²⁴.

C. «Unbenannte Ordrepapiere», Art. 1145 und 1152²⁵

²³ Ausführl. Oettermann S. 108 ff., besonders in bezug auf die Umwandlung formunrichtiger Papiere.

²⁴ Dörig S. 58 ff.; BIZR Bd. 2 N 22; SJZ Bd. 37 S. 77 ff.

²⁵ Vgl. vorn § 7 IV.

D. *Warenpapiere*, Art. 1152 Abs. 2 und 1153 ff.

Es ist zwar nicht ganz richtig, wenn die Warenpapiere unter dem Titel «indossierbare Papiere» aufgeführt werden, denn die Warenpapiere können als Inhaber-, Namen- und Ordrepapiere ausgestellt werden. Die Ordrepapiere sind jedoch vorherrschend, hingegen *sind die Warenpapiere nicht gesetzliche Ordrepapiere*. Die Theorie, die Warenpapiere seien gesetzliche Ordrepapiere, wird auf Art. 1152 Abs. 2 aufgebaut, wo es heisst: «Für diese Urkunde, sowie für andere indossierbare Papiere, wie Lagerscheine, War-rants, Ladescheine...»²⁶. Wenn nun die Warenpapiere gesetzliche Ordrepapiere wären, dann müsste die Ordreklausel nicht in diese Papiere aufgenommen werden; ein auf den Namen ausgestellt Warenpapier würde kraft Gesetz Ordrepapier. Diese Ansicht äusserst das Gesetz jedoch nirgends ausdrücklich; was es dagegen fordert, ist eine ausdrückliche Angabe des Verfügungsberechtigten (in Art. 1153 Ziff. 8), womit meines Erachtens bewiesen ist, dass die Warenpapiere keine gesetzlichen Ordrepapiere sind. Der Art. 1153 ist eine Spezialbestimmung und steht über dem Art. 1152²⁷. Vgl. auch Art. 482 Abs. 3. Für die KE ergibt sich somit eine Anpassung an die Urkundenart, wenn auch hier wiederum bemerkt werden muss, dass mit Vorteil die KE dem Typ entsprechend gewählt würde, wobei dann in erster Linie die KE gemäss Art. 1072 ff. in Frage käme²⁸.

²⁶ Diese Ansichten bei Beeler S. 263 ff.; Cudkowicz S. 84.

²⁷ Gleiche Ansicht Zimmerli S. 25; Bruderer S. 61 ff.

²⁸ Vgl. Cudkowicz S. 149, er ist gleicher Ansicht, gibt jedoch keine Begründung.

Anhang I

Die Bestimmungen über die KE in verschiedenen Spar- und Einlageheftreglementen:

«Der Verlust oder das Abhandenkommen eines Heftes ist der Bank sofort schriftlich anzuzeigen unter Angabe von Name und Adresse des Heftinhabers und womöglich auch der Heftnummer und des Guthabens. Die Nachteile der Unterlassung einer solchen Anzeige hat der Heftinhaber selbst zu tragen. Sofern das Heft während 6 Monaten nach einer auf seine Kosten erfolgten öffentlichen Ausschreibung nicht wieder zum Vorschein kommt — bei kleineren Beträgen auch ohne öffentliche Ausschreibung —, wird ihm entweder ein neues Heft ausgestellt oder das Guthaben ausbezahlt; in beiden Fällen jedoch nur unter der Bedingung, dass der Heftinhaber die Entkräftung des Heftes und die Tilgung der Schuld unterschriftlich bescheinigt und auch sonst die von der Bank gewünschten Formalitäten erfüllt hat.»

«Der allfällige Verlust oder das Abhandenkommen des Einlageheftes ist der Bank sofort schriftlich anzuzeigen. Die Nachteile der Unterlassung einer solchen Anzeige hat der Inhaber zu tragen. Ein in Verlust geratenes Einlageheft wird gemäss den Bestimmungen von Art. 977 bzw. 981 ff. OR kraftlos erklärt; es steht der Bank indessen frei, ein neues Heft auch ohne Vorweisung der Urkunde und ohne Kraftlosklärung auszustellen, wenn der Gläubiger die Entkräftung des Schuldscheins und die Tilgung der Schuld in einer öffentlichen oder beglaubigten Urkunde ausspricht.»

«Der Verlust eines Namen-Depositenheftes ist der Bank sofort schriftlich mitzuteilen. Der Einleger kann erst dann über sein Guthaben verfügen, nachdem er gemäss Art. 90 OR die Entkräftung des Namen-Depositenheftes und die Tilgung der Schuld in einer öffentlichen oder beglaubigten Urkunde erklärt hat.»

«Der Verlust oder das Abhandenkommen eines Depositenheftes ist der Bank sofort schriftlich anzuzeigen. Kommt das Depositenheft während sechs Monaten nach Eingang der Anzeige trotz einer auf Kosten des Einlegers erfolgten öffentlichen Ausschreibung im Schweizerischen Handelsamtsblatt nicht wieder zum Vorschein, so wird nach Ablauf dieser Frist auf Verlangen des Einlegers entweder ein neues Depositenheft mit neuer Ordnungsnummer ausgestellt, oder der Betrag ausbezahlt, das eine oder andere jedoch nur unter der Bedingung, dass vorher der Einleger die Entkräftung des Depositenheftes und die Tilgung der Schuld der Bank in einer öffentlichen oder beglaubigten Urkunde erklärt hat (Art. 90 OR).»

«Von dem Verlust oder anderweitigen Abhandenkommen eines Einlageheftes ist der Bank sofort Anzeige zu machen. Hat sich trotz mindestens zweimaliger öffentlicher, auf Kosten des Inhabers des Einlageheftes erfolgten Ausschreibung das vermisste Einlageheft nach Ablauf von sechs Monaten vom Datum der Publikation an nicht wieder vorgefunden, so wird dem Petenten nach Unterzeichnung eines Revers betr. Schadloshaltung (Art. 90 des Schweizerischen Obligationenrechtes) entweder das Guthaben ausbezahlt oder ein neues Einlageheft ausgefertigt.

Für die Existenz und Grösse des Guthabens bilden die Kontroll-Kartons der Bank Beweis.»

Anhang III

Sitzung des Schweizerischen Bundesrates

Auszug aus dem Protokoll

7. September 1945.

Anleihecoupons

Finanz- und Zolldepartement. Antrag vom 1. September 1945.

Volkswirtschaftsdepartement. Mitbericht vom 7. September 1945.

In letzter Zeit mehren sich die Fälle, in denen Coupons von eidgenössischen und Bundesbahnanleihestiteln infolge kriegsbedingter Umstände nicht vor Ablauf der fünfjährigen Verjährungsfrist zur Einlösung vorgelegt werden konnten.

Die Schweizerische Bankiersvereinigung gelangte schon vor Jahresfrist mit einer Eingabe an die Bundesbehörden, worin sie beantragte, es seien die Verjährungsfristen solcher Forderungen durch Schaffung eines besondern Hemmungsgrundes generell zu erstrecken. Die eidgenössische Finanzverwaltung konnte in Uebereinstimmung mit der Justizabteilung und der Nationalbank eine solche gesetzliche Regelung nicht befürworten. Selbstverständlich war nie beabsichtigt, die Einrede der Verjährung zum Abschlüsseln bestehender Verpflichtungen auszunützen. Ein solches Vorgehen wäre nicht loyal und könnte den Landeskredit tangieren. Aber es schien in Anbetracht des von verschiedenen Seiten erhobenen Begehrens nach vermehrter Ueberwachung des schweizerischen Geldmarktes durch den Bund heute nicht tunlich, durch eine generelle Massnahme praktisch auf die Durchführung jeder Kontrolle zu verzichten; denn auch wenn eine Prüfung von Spezialfällen in einem Rechtserlass vorgesehen gewesen wäre, hätte die aus der allgemeinen Zahlungsfrist des Bundes sich ergebende Verteilung der Beweislast eine solche Bestimmung praktisch unwirksam gemacht.

Andererseits konnten sich die Banken nicht mit einer allgemeinen Wohlwollenserklärung zufrieden geben. Um die Interessen ihrer Kunden wirksam zu wahren, glaubten sie unter Umständen zu Betreibungen genötigt zu sein. Die Finanzverwaltung hat daher in Zusammenarbeit mit der Schweizerischen Bankiersvereinigung den Text einer den beidseitigen Interessen Rechnung tragenden Gutbesitzerklärung ausgearbeitet, die in jedem einzelnen Fall vom Honorierung eines verjährten Coupons ersuchenden Bankinstitut gegenüber der Finanzverwaltung abzugeben ist. Die Bank hat in dieser Erklärung zu bestätigen, dass die Einreichung des Coupons vor Ablauf der Verjährungsfrist durch kriegsbedingte Verhältnisse verhindert wurde oder wird, und dass seit Kriegsbeginn kein widerrechtlicher oder zwangsweiser Besitzwechsel stattgefunden hat. Auf Grund dieser Erklärung und in Spezialfällen in Würdigung des darzulegenden Sachverhaltes wird sich die Finanzverwaltung verpflichten, die betreffenden Coupons, sofern sie nach dem 30. Juni 1939 fällig wurden, trotz Ablauf der Verjährungsfrist bis Ende 1946 einzulösen. Eine Verlängerung dieser Frist wird zu erwägen sein, falls sich wider Erwarten die Verkehrsverhältnisse binnen dem zunächst vereinbarten Termin nicht normalisieren.

Um dem Bund die Möglichkeit zu wahren, in Gegenrechtsverhandlungen sein Entgegenkommen auszuwerten, sind in der Gutbesitzerklärung jeweils die Nationalität und der Wohnsitzstaat des Titelinhabers anzugeben. Der Widerruf der abgegebenen Zusicherungen der Einlösung wäre aber ausgeschlossen.

Die Schweizerischen Bundesbahnen und die Finanzdirektorenkonferenz wurden von der eidg. Finanzverwaltung begrüsst. Sie haben sich der vom Bunde vertretenen Auffassung angeschlossen. Damit ist auf dem Wege freier Vereinbarung eine einheitliche Praxis der bedeutenderen öffentlichen Korporationen als Anleihenschuldner gewährleistet.

Antragsgemäss und mit Zustimmung des Volkswirtschaftsdepartements wird

beschlossen:

Vom vorliegenden Bericht des Finanz- und Zolldepartementes wird in zustimmendem Sinne Kenntnis genommen.

An die Finanzdirektorenkonferenz, an die Schweizerische Bankiervereinigung, sowie an das Sekretariat des Verbandes schweiz. konzessionierter Versicherungsgesellschaften, Winterthur, durch Protokollauszug.

Protokollauszug zur Kenntnis an das Finanz- und Zolldepartement, an die Schweizerischen Bundesbahnen und an die Schweizerische Nationalbank, sowie an das Politische Departement.

Für getreuen Auszug

Der Protokollführer:

sig. Ch. Oser.

Sitzung des Schweizerischen Bundesrates

Auszug aus dem Protokoll

Freitag 27. Dezember 1946

Vergütung verjährter Anleihencoupons

Finanz- und Zolldepartement. Antrag vom 19. Dezember 1946.

Mit seinem Beschluss vom 7. September 1945 trug der Bundesrat den Fällen Rechnung, in welchen die Verjährung von Anleihencoupons des Bundes und der Bundesbahnen ohne Verschulden des Titelinhabers infolge kriegsbedingter Umstände eingetreten ist. Er sah die Einlösung solcher verjährter Coupons bis Ende 1946 vor in der Annahme, dass vor diesem Zeitpunkt die kriegsbedingten Hinderungsgründe für die Präsentation der Titel dahinfallen würden. Immerhin sah er vor, dass eine Verlängerung dieser Frist zu erwägen sein werde, falls sich wider Erwarten die Verhältnisse binnen diesem Termin nicht normalisieren würden.

Die Schweizerische Bankiervereinigung ersucht nun um Verlängerung dieser Frist über den 31. Dezember 1946 hinaus. Zur Begründung weist sie auf weiter bestehende Hindernisse der Präsentation der Coupons hin.

Eine Erweiterung des Kreises der zu berücksichtigenden Hinderungsgründe kommt nicht in Betracht. Der Verzicht auf die Geltendmachung der Verjährung kann sich nach wie vor nur auf Umstände beziehen, die mit dem Krieg zusammenhängen, insbesondere nicht etwa allgemein auf einschränkende Devisenvorschriften. Die entsprechende Zusicherung der geschultstellenden Bank auf der Gutbesitzererklärung behält also ihre bisherige Bedeutung unverändert bei. Hingegen kann mit Rücksicht auf die teilweise aus kriegswichtigen Gründen noch fortbestehende Unmöglichkeit der Uebersendung der Coupons trotz Wiederaufnahme des Postverkehrs (z. B. infolge von Massnahmen gegen Feindvermögen) ein beschränktes Entgegenkommen in zeitlicher Hinsicht befürwortet werden. Diesen Verhältnissen ist ausserdem dadurch Rechnung zu tragen, dass die Einlösung der Coupons auch nach dem auf kurze Frist verlängerten Termin noch möglich sein wird, sofern die formgerechte Anmeldung vor diesem Termin erfolgte. Die am 7. September 1945 getroffene Regelung wird daher folgendermassen abgeändert:

1. Kriegsbedingte verjährte Coupons werden, sofern die im Bundesratsbeschluss vom 7. September 1945 festgesetzten Voraussetzungen erfüllt sind (Gutbesitzererklärung, Fälligkeit nach dem 30. Juni 1939), bis zum 30. Juni 1947 eingelöst.

2. Werden kriegsbedingt verjährte oder von der Verjährung bedrohte Coupons bis zum 30. Juni 1947 angemeldet, und sind die im Bundesratsbeschluss vom 7. 9. 1945 festgesetzten Voraussetzungen erfüllt, so wird sich die Finanzverwaltung verpflichten, diese Coupons auch nach Eintritt der ordentlichen Verjährung noch einzulösen. Nach Ablauf einer weiteren Frist von 5 Jahren, von der Unterzeichnung dieser Verpflichtung an gerechnet, kann der Titelinhaber aus ihr keine Rechte mehr ableiten.

3. Die Präsentation und die Anmeldung der kriegsbedingt verjährten Coupons hat auf dieselbe Weise zu geschehen wie bisher, d. h. durch Einreichung einer vollständigen Gutbesitzererklärung bei der Finanzkontrolle.

4. Die Finanzkontrolle wird für die ausgestellten Zahlungsverpflichtungen für die Dauer von deren Gültigkeit Rückstellungen machen.

Antragsgemäss wird vom vorliegenden Bericht des Finanz- und Zolldepartementes in zustimmendem Sinne Kenntnis genommen.

An die Finanzdirektorenkonferenz, an die Schweizerische Bankiervereinigung, Basel, sowie an das Sekretariat des Verbandes konzessionierter schweizerischer Versicherungsgesellschaften, Winterthur, durch Protokollauszug.

Protokollauszug an das Finanz- und Zolldepartement, an die Schweizerischen Bundesbahnen, an die Schweizerische Nationalbank und an das Politische Departement zur Kenntnis.

Für getreuen Auszug

Der Protokollführer:

sig. Ch. Oser.

Lebenslauf

Geboren am 21. Mai 1926, als Bürger von Turgi, Aargau, wohnhaft seit Geburt in Dietikon, Zürich, daselbst Besuch der Primarschule, 1939 Eintritt in das Kantonale Gymnasium Zürich, 1945 Abschluss mit Maturität Typus B. Juristische Studien an der Universität Zürich seit Sommersemester 1946, letzte mündliche Prüfung Ende Oktober 1951.

